DIE ZULÄSSIGKEIT NEUEN THATSÄCHLICHEN VORBRINGENS IN DEN HÖHEREN...

Anton Menger




ACADEMIAE HARVARDIANAE
VE RI TAS



AUSTRIA

Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen.

Eine civilprocessualische Abhandlung

von

Dr. ANTON MENGER,
Privat-Docenten an der Wiener Universität.

WIEN, 1873.

Alfred Hölder
(Beck'sche Universitäts-Buchhandlung)
Rothenthurmstrasse Nr. 15.

991

Vorrede.

Mit Recht hat die öffentliche Discussion, welche der Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung in so erfreulicher Ausdehnung hervorgerufen hat, sich vorzüglich dem darin vorgeschlagenen Rechtsmittelsystem zugewendet. Denn während der Entwurf sich sonst zumeist in den herkömmlichen Formen des deutsch-französischen Processes bewegt, hat er in dieser Richtung eine originelle, von allen bisherigen Arbeiten abweichende Lösung zu finden versucht. Die vorliegende Schrift soll in die geistige Bewegung, welche der deutsche Entwurf veranlasst hat, in einer doppelten Richtung eingreifen. Zunächst dadurch, dass das historische Material in grösserem Umfange dargeboten wird, als dies in den bisher über unsere Frage erschienenen Schriften der Fall gewesen ist. Kein Gebiet ist für gewagte legislative Experimente weniger geeignet, als jenes des Civilrechtes und Civilprocesses, und es ist deshalb wohl nicht unnütz, bevor der kühne Schritt unternommen wird, zu prüfen, in welcher Weise dasselbe Problem in früheren Epochen gelöst worden ist. Dann aber beabsichtigt der Verfasser in der vorliegenden Schrift auch die praktischen Erfahrungen niederzulegen, welche er durch eine lebhafte Betheiligung an der österreichischen Rechtsübung über jene Frage gewonnen hat.

Denn in Oesterreich besteht das Rechtsmittelsystem des deutschen Entwurfes, welches so lebhafte Bedenken wachgerufen hat, in seinen wichtigsten Bestandtheilen seit Jahrhunderten in ungeschmälerter Wirksamkeit, ohne dass dadurch die wesentlichen Interessen der Rechtspflege irgendwie gefährdet worden sind. Es würde dem Verfasser zur besonderen Genugthuung gereichen, wenn es dieser Schrift gelingen würde, die Antipathieen gegen das neue Rechtsmittelsystem, welche in Deutschland weite Kreise ergriffen zu haben scheinen, in etwas zu mildern und dadurch bei dem mächtigen Einflusse, welchen die Gesetzgebung des deutschen Reiches auf die österreichische ausübt, zugleich auch in Oesterreich zur Aufrechthaltung des bisherigen Rechtszustandes beizutragen.

WIEN, den 7. December 1873.

Der Verfasser.

§. 1.

Einleitung.

Zu den erfreulichsten Erscheinungen unserer Zeit gehört wohl das Streben fast aller modernen Gesetzgebungen, die Entscheidung öffentlicher Angelegenheiten in die Hände solcher Personen zu legen, welche mit der erforderlichen Einsicht zugleich auch ein selbständiges Interesse an der glücklichen Lösung der staatlichen Aufgaben verbinden. Diese Tendenz nach Autonomie und Selbstregierung hat sich insbesondere auf dem Gebiete der Administration Geltung errungen und hat fast überall eine durchgreifende Umgestaltung der vorherrschend bureaukratischen Verwaltungsformen des 18. Jahrhunderts herbeigeführt. Zwei Elemente lassen sich aber in jener allgemeinen Strömung unserer Zeit wahrnehmen. Das Streben nach Selbstverwaltung verfolgt nämlich zunächst das Ziel, die Führung der Verwaltungsgeschäfte nach Möglichkeit den Händen gleichgiltiger Beamten zu entwinden und dieselbe jenen Kreisen anzuvertrauen, welche von einer guten Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten Vortheil, von einer schlechten dagegen Nachtheil zu erwarten haben. Seit Langem kann man es als eine der werthvollsten Erfahrungen des europäischen Staatslebens bezeichnen, dass selbst schlichte Leute, deren Blick durch ihr Interesse geschärft wird, auf dem Gebiete der Administration in der Regel weit bessere Re-

sultate erzielen, als indifferente Staatsorgane, welche vielleicht eine weit tiefere Einsicht besitzen, aber der inneren Theilnahme an dem Erfolge ihrer Bemühungen entbehren. Dann sind aber auch zweitens — und diese Seite kommt hier allein in Betracht — jene Bestrebungen gegen die traditionelle Uebereinanderthürmung der Verwaltungsinstanzen, gegen die Concentration der Entscheidungsgewalt in gewissen Centralbehörden gerichtet. Die Staatskunst vergangener Jahrhunderte, in welchen Bildung und Kenntnisse das Eigenthum einer geringen Zahl von Staatsbürgern waren, dachte das Ziel einer gerechten Administration dadurch zu erreichen, dass sie die endgiltige Entscheidung der Verwaltungsangelegenheiten dem Ermessen weniger Personen in den Verwaltungscentren unterwarf, deren Tüchtigkeit durch ihre sorgfältige Auswahl verbürgt erschien. Allerdings gab man damit den so ausserordentlich wichtigen Vortheil auf, dass derjenige, welcher die Dinge selbst sieht und prüft, dieselben in der Regel auch am besten zu beurtheilen vermag; allein die Unfähigkeit der grossen Masse liess die Entscheidung der öffentlichen Angelegenheiten durch einsichtige Centralorgane, mochte diese auch auf einer blos vermittelten und deshalb immer höchst mangelhaften Kenntniss der Verhältnisse beruhen, doch als die richtigere Form der Verwaltung erscheinen. Heute dagegen, wo ein hohes Mass von Bildung und Einsicht das Gemeingut weiter Kreise geworden ist, sind jene beschränkenden Rücksichten längst entfallen und damit ist das natürliche Uebergewicht der eigenen Anschauung und der eigenen Prüfung wieder zur Geltung gelangt. Eigenes Interesse an den Verwaltungssachen und eigene Prüfung ihrer thatsächlichen Grundlagen — in diese zwei Worte lassen sich für unsere Zeit die Eigenschaften eines guten Verwalters zusammenfassen.

Eine ähnliche auf die Zuziehung der Betheiligten zur Entscheidung ihrer Angelegenheiten und auf die Zerbröckelung des überkommenen Instanzenzuges gerichtete Tendenz ist auch auf dem Gebiete der Justizgesetzgebung wahrzu-

nehmen. Insbesondere hat sich in den letzten Jahrzehenten innerhalb der Strafrechtspflege eine Wandlung vollzogen, deren Aehnlichkeit mit den gleichzeitigen Bewegungen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes eine unverkennbare ist. Fast in allen europäischen Staaten wirken gegenwärtig in grösserem oder geringerem Umfange an der Verwaltung der Strafjustiz Geschworene oder Schöffen mit als Repräsentanten des Volkes, welches an dem Erfolge der Strafrechtspflege in seiner Gesammtheit wie auch in seinen einzelnen Individuen das grösste moralische und materielle Interesse hat. Und ebenso ist ferner auch das Streben der neueren Strafgesetzgebungen darauf gerichtet, im Strafverfahren den Instanzenzug nach Möglichkeit abzuschneiden und die Entscheidung der Strafprocesse in einer einzigen Instanz zu concentriren, welche aber in den Stand gesetzt wird, das ganze erhebliche Material selbst wahrzunehmen und selbst zu prüfen. Auch in der Strafgesetzgebung ist es also zu einem fast allgemein adoptirten Erfahrungssatze geworden, dass eigenes Interesse und eigene, unmittelbare Prüfung am besten eine gute Strafrechtspflege verbürgen.

Welche Stellung hat nun die Civilgesetzgebung zu diesen Bewegungen auf dem Gebiete des Straf- und Verwaltungsrechtes eingenommen? Auch in dieser wie in so vielen anderen Richtungen hat sich dieselbe als eines der conservativsten Elemente des menschlichen Lebens bewährt und ist den allgemeinen Strömungen der Zeit nur zögernd und in geringem Umfange gefolgt. Was zunächst die Betheiligung der Interessenten an der Civilrechtspflege betrifft, so ist dieselbe in den meisten Ländern nur in der Handels- und Bergjustiz, also in sehr engen Gebieten durchgeführt. Dann ist aber der aus den früheren Jahrhunderten überkommene Instanzenzug in Ansehung der Civilrechtspflege noch fast überall in ungeschmälerter Wirksamkeit, ja in Oesterreich, wo der Wirkungskreis der oberen Instanzen von Altersher ein sehr beschränkter war, scheint sogar eine Vermehrung der Attribute der Berufungsgerichte und

damit naturgemäss auch eine Abschwächung der Tragweite des Verfahrens vor dem ersten Richter bevorzustehen. Erst der neue Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung hat mit dieser Tradition gebrochen und das Verfahren in den höheren Instanzen einer Reihe von Einschränkungen unterworfen, durch welche, wenn sie dereinst zur Wirksamkeit gelangen, der ganze Charakter des Civilverfahrens in den höheren Instanzen einer vollständigen Umwandlung unterworfen werden muss. Die Prüfung der wichtigsten unter den Schranken, welche der deutsche Entwurf der Cognition der oberen Gerichte gesetzt hat, soll den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden.

Die Zwecke, welche die Beschränkungen des Machtkreises der oberen Instanzen verfolgen, können einen sehr verschiedenen Charakter an sich tragen. Die Gesetzgebung kann zunächst, indem sie die Attribute der oberen Instanzen vermindert, gewisse äusserliche, dem Wesen des Civilverfahrens fremde Erfolge, z. B. die Entlastung der oberen Instanzen, Zeit- und Kostenersparnisse zu erreichen versuchen. Diese Seite unserer Frage kann hier ausser Betracht bleiben, da sie ohnedies von den mannigfaltigsten Opportunitätsrücksichten abhängt und deshalb eine Lösung immer nur mit Rücksicht auf die speciellen Verhältnisse der einzelnen Länder gestattet. Dann aber kann der Gesetzgeber auch jene Einschränkung der höheren Instanzen als eine wahre Verbesserung der Civilrechtspflege auffassen, welche ohne Rücksicht auf äussere Verhältnisse im Interesse der Rechtsverfolgung selbst durchzuführen ist. Der Gedanke, welcher ihn dabei leitet, kann kein anderer sein, als dass die unmittelbare Anschauung und Prüfung des ganzen Processmaterials auch in der Civilrechtspflege einen weit höheren Werth besitzt als die Entscheidung der Rechtsstreite auf Grund einer blos vermittelten Kenntniss — mag diese Entscheidung auch von Personen ausgehen, welche eine höhere persönliche Eignung besitzen. Auch in dem Civilverfahren sind aber, wie sich weiter unten ergeben

wird, nur die ersten Instanzen zu einer eigenen, unmittelbaren Auffassung der factischen Grundlagen des Processes geeignet, während die höheren Instanzen, wie man sie auch einrichten mag, ihre Kenntniss des Processmaterials immer zum grössten Theile nur aus der zweiten Hand erlangen können. Auch die Civilgesetzgebung folgt also, indem sie die Entscheidung der Privatrechtsstreitigkeiten den oberen Instanzen aus den Händen nimmt, jener allgemeinen Tendenz unserer Zeit, die Entscheidung öffentlicher Angelegenheiten nach Möglichkeit in die Hände solcher Personen zu legen, welche die Dinge selbst gesehen und selbst geprüft haben.

Welcher Natur sind aber die Einschränkungen, durch welche das Gesetz den Machtkreis der oberen Instanzen im Vergleich mit jenem der ersten Gerichte zu verengen sucht? Sieht man von jenen Rechtsinstituten ab, welche, wie z. B. die Appellationsfristen und die sonstigen Formvorschriften die Concentration der Processverhandlung auf eine einzige Instanz nur zufällig und in einzelnen Fällen bewirken, so lassen sich in jenen Einschränkungen zwei Hauptgruppen unterscheiden. Der allgemeine Charakter der ersten Gruppe besteht darin, dass manche Gesetzgebungen nur einzelne Gattungen von Rechtsstreiten vor den höheren Gerichten wiederholt verhandeln und entscheiden lassen, dagegen die übrigen Processe lediglich auf eine einzige Instanz beschränken. Hier werden also jene Rechtsstreite, deren Devolution an die höhere Instanz zulässig ist, von dieser ebenso wie von dem ersten Richter untersucht und entschieden, und nur die Zahl der zu verhandelnden Rechtssachen erscheint im Vergleich mit den ersten Instanzen vermindert; man kann deshalb diese Verminderung des Machtkreises der Berufungsgerichte das System der extensiven oder quantitativen Einschränkungen benennen. Dann kann aber auch zweitens der Gesetzgeber zwar allen Rechtsstreiten den Zugang zu dem oberen Richter eröffnen, zugleich jedoch die Verhandlung vor diesem auf einzelne Punkte des von der ersten Instanz geprüften Processmateriales beschränken.

Nach diesem Systeme ist also die Zahl der Rechtsstreite, welche vor der ersten Instanz verhandelt werden, und jener, welche gesetzlich an die Berufungsgerichte devolvirt werden können, an sich vollkommen identisch; allein der Inhalt der Verhandlung vor dem oberen Richter unterscheidet sich wesentlich von dem Verfahren vor dem ersten Richter, da jenes nicht wie dieses eine völlig neue Untersuchung und Entscheidung der Rechtssache, oder mit anderen Worten ein neues Judicium ist, sondern sich lediglich als die wiederholte Prüfung einzelner Elemente der erstrichterlichen Entscheidung darstellt. Man kann deshalb dies System in analoger Weise als das der intensiven oder qualitativen Einschränkungen bezeichnen.

Beispiele von extensiven Einschränkungen des Machtkreises der oberen Instanzen lassen sich in den positiven Gesetzgebungen in sehr grosser Zahl nachweisen. Fast alle Processrechte kennen grössere oder geringere Gruppen von Privatrechtsstreitigkeiten, welchen sie den Zugang vor den höheren Richter versagen und die deshalb lediglich von der ersten Instanz untersucht und entschieden werden. So kann z. B. nach römischem Rechte in allen fiscalischen Sachen [1]), dann gegen Contumacialurtheile [2]) und gegen Decrete, durch welche der Richter den Testamentserben in den Besitz der Erbschaft einweist [3]), die Appellation überhaupt nicht eingelegt werden. [4]) Ebenso sind nach dem justinianischen wie auch unter gewissen Einschränkungen nach

---

[1]) L. 8. C. *Quorum appell. non recip.* 7. 65.

[2]) L. 73. §. 3 D. de jud. 5. 1 L. 1. C. *Quorum appell. non recipiant.* 7. 65. Nov. 82. c. 5.

[3]) L. 6 C. *Quorum appell. non recip.* 7. 65.

[4]) Der in der L. 4. pr. §. 1. D. *de appell.* 49. 1 und L. 5. C. *quor. appell. non recip.* 7. 65 ausgesprochene Grundsatz, dass von den Verfügungen der Vollstreckungsorgane nur insoweit appellirt werden könne, als dieselben über den Inhalt des Urtheiles hinausgehen oder diesen unrichtig auffassen, kann als eine wahre Beschränkung des Berufungsrechtes nicht betrachtet werden, denn in Wirklichkeit ist jener Rechtssatz eine einfache Consequenz des Princips der Rechtskraft (in seiner processualischen

dem heutigen gemeinen Rechte [5]) und nach sehr vielen Particularrechten die im Laufe des Verfahrens erfliessenden Zwischenbescheide in grösserem oder geringerem Umfange der Anfechtung durch Rechtsmittel entzogen. Ganz besonders gehören aber hieher alle jene Processgesetze, welche die wiederholte Prüfung der Rechtsstreite durch eine höhere Instanz von einem gewissen Werthe des Streitgegenstandes: der Appellationssumme abhängig machen. Dadurch wird bewirkt, dass jene Streitsachen, deren Werth unter jene Grenze fällt, überhaupt an die höhere Instanz nicht devolvirt werden können, so dass deren Prüfung und Entscheidung einer einzigen Instanz vorbehalten bleibt. Ist deshalb die Appellationssumme von bedeutender Höhe, so wird, da Privatrechtsstreitigkeiten von grösserem Betrage immer verhältnissmässig selten sind, der grossen Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten die zweite Instanz entzogen und dadurch die Verhandlung der Civilprocesse im Grossen und Ganzen auf eine einzige Instanz beschränkt. Dies ist namentlich im französischen Rechte der Fall, welches trotz der principiellen Anerkennung des Rechtes auf zwei volle Instanzen

---

Bedeutung), wornach der Inhalt einer Sentenz, wenn sie einmal rechtskräftig geworden, keiner weiteren Anfechtung unterliegt und von dem Richter auf Antrag der obsiegenden Partei in seinem vollen Umfang zu vollziehen ist.

[5]) Die römische Gesetzgebung war in Beziehung auf die Zulässigkeit der Berufung gegen die Zwischenbescheide ausnehmend schwankend. Von Justinian wurden alle Appellationen gegen Zwischenbescheide in der L. 36. (rest.) C. *de appell.* 7. 62 durchgreifend verboten, dessenungeachtet aber nahmen die Compilatoren in die Pandekten mehrere Stellen auf, welche jenes Verbot für einzelne — allerdings sehr berücksichtigungswerthe — Fälle wieder illusorisch machen. (L. 2 D. *de appell. recip.* 49. 5. L. 39 pr. D. *de minor.* 4. 4.) Auf Grund dieser Stellen bildete sich in der Doctrin die Meinung heraus, dass die Appellation nicht nur gegen Endurtheile, sondern auch gegen Zwischenbescheide zulässig sei, insoferne diese die Kraft eines Urtheils haben oder deren Vollziehung für die unterliegende Partei einen nicht wieder gut zu machenden Schaden zur Folge haben würde. Diese Theorie wurde auch von den Reichsgesetzen adoptirt. (Vgl. Wetzell Civilpr. 2. Aufl. S. 602—604.)

doch für die grosse Mehrzahl der Civilsachen nur eine einmalige Untersuchung gestattet.[6])

Was die intensiven Einschränkungen des Machtkreises der oberen Instanzen betrifft, so lassen sie sich nach den zwei Hauptelementen der richterlichen Thätigkeit in zwei verschiedene Gruppen sondern. Jedes Urtheil ist nämlich das

---

[6]) Nach der französischen Gerichtsverfassung wird bekanntlich die ordentliche Civilgerichtsbarkeit in der ersten Instanz von den Friedensrichtern für einen kleineren Sprengel und von den Gerichtshöfen erster Instanz für ein weiteres Gebiet ausgeübt. Die Friedensgerichte erkennen über alle Angelegenheiten im Betrage von höchstens 200 Franken, welche blos persönliche Rechtsverhältnisse oder bewegliche Sachen betreffen, und zwar bei einem Werthe des Streitobjektes bis 100 Franken in letzter Instanz, darüber hinaus in erster Instanz, von welcher die Berufung an die Gerichtshöfe erster Instanz geht. Ausserdem sind denselben noch eine grössere Anzahl von Rechtssachen mit Rücksicht auf ihre besondere Beschaffenheit zugewiesen, welche hier nicht in Betracht kommen. (Ges. v. 25. Mai 1838, Art. 1; Boitard, *leçons de procédure civile*, 10. Aufl. Paris 1868, Nr. 46, 606.) Die Gerichtshöfe erster Instanz erkennen — von anderen minder wichtigen Competenzfällen abgesehen — über dieselben Angelegenheiten, wenn sie einen Betrag von 200—1500 Franken repräsentiren, in erster und letzter Instanz, während bei Rechtssachen von höherem Belange die Berufung an das Appellgericht offen steht. (Ges. v. 11. April 1838, Art. 1; Boitard a. a. O. Nr. 668.) Auch kann gegen alle Entscheidungen, welche in letzter Instanz ergangen sind, mag das erkennende Gericht ein Friedensgericht, ein Gerichtshof erster Instanz oder ein Appellgericht gewesen sein, beim Cassationshof eine eigenthümlich gestaltete Beschwerde, der Cassationsrecurs verfolgt werden. (Boitard a. a. O. Nr. 767.) Daraus ergibt sich wohl mit Evidenz, dass die Rechtsprechung in Civilsachen, da die Rechtssachen bis zu 100 Franken, dann von 200—1500 Franken gewiss den grössten Theil aller Processe ausmachen, nach französischem Rechte im Wesentlichen auf eine einzige Instanz beschränkt ist, dass also das von den französischen Civilprocesslehrern so nachdrücklich betonte Princip der zwei Instanzen doch in Wirklichkeit blos eine Fiction ist. Ueberdies kommt das widersinnige Resultat zum Vorschein, dass Rechtssachen im Betrage von 100—200 Franken einer zweimaligen Untersuchung: durch den Friedensrichter und den Gerichtshof erster Instanz unterzogen werden können, während Processe, deren Object sich auf 200—1500 Franken beläuft, nur ein Mal durch den Gerichtshof erster Instanz geprüft und entschieden werden dürfen.

Resultat einer zweifachen Thätigkeit des Richters, nämlich erstens der Prüfung und Sichtung der Thatsachen, welche die streitenden Parteien dem Gerichte vorlegen, zweitens der Auffindung der Rechtsregeln, unter welche diese Thatsachen subsumirt werden müssen. Soll also der Machtkreis der oberen Instanzen intensiv ein geringerer sein, als jener des ersten Richters, so muss bei den höheren Gerichten entweder die Untersuchung der von den Parteien vorgelegten Thatsachen oder die Auffindung der anzuwendenden Rechtsregeln eine Einschränkung erleiden. Da nun bei der Verhandlung vor der ersten Instanz die Parteien in der Vorlegung, der Richter aber in der Würdigung des thatsächlichen und rechtlichen Processmaterials vollständig unbeschränkt sind, so lassen sich die wesentlichen Verschiedenheiten, welche innerhalb der intensiven Einschränkungen des Machtkreises der oberen Instanzen obwalten, in folgende zwei Fragen zusammenfassen: Erstens, wie weit sind die Betheiligten im Berufungsverfahren an die von den Parteien in erster Instanz angeführten, von dem ersten Richter constatirten Thatsachen gebunden? Zweitens, inwiefern muss der obere Richter die juristische Auffassung, welche der erste Richter von einem Rechtsfalle gewonnen hat, auch in dem Berufungsverfahren gelten lassen?

In dieser Richtung springt zunächst in die Augen, dass Einschränkungen des oberen Richters in der Findung der anzuwendenden Rechtsregeln sich nur schwer mit dem natürlichen Zwecke der Instanzenordnung vereinbaren lassen. Es ist, wie sich weiter unten ergeben wird, zum Mindesten zweifelhaft, ob der Berufungsrichter in dem gewöhnlichen Laufe der Dinge befähigt ist, das Thatsächliche eines Rechtsfalles besser als die erste Instanz zu prüfen und zu würdigen; allein ganz unbestreitbar scheint mir zu sein, dass der obere Richter im Vergleich mit den ersten Instanzen regelmässig eine umfassendere Kenntniss, eine tiefere Einsicht des objectiven Rechtes besitzen wird. Nur unter besonderen Umständen kann es deshalb rathsam sein, die

höheren Instanzen an die juristische Auffassung des ersten Richters zu binden und ihre Thätigkeit dadurch auf einem Gebiete zu hemmen, wo ihnen naturgemäss eine bedeutende Ueberlegenheit über die ersten Instanzen gesichert ist. Auch werden in der That solche Beschränkungen von den positiven Gesetzgebungen zumeist nur in Ansehung der obersten Instanz aus dem mehr äusserlichen Grunde adoptirt, um diese vor der sonst unvermeidlichen Geschäftsüberbürdung zu schützen.

Ein Beispiel dieser Art bietet die sogenannte ausserordentliche Revision des österreichischen Rechtes. Sieht man von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle der Nichtigkeit ab, so kann nach dem österr. Hofd. v. 15. Febr. 1833 Nr. 2593 bei zwei gleichlautenden Urtheilen die Berufung an den obersten Gerichtshof nur dann mit Erfolg ergriffen werden, wenn die beiden Entscheidungen der unteren Instanzen eine offenbare Ungerechtigkeit in sich schliessen. Das Gesetz scheidet also die Gesammtheit der Rechtsregeln in zwei grosse Gruppen: in solche, deren Dasein und Umfang jedem unbefangenen Beurtheiler unzweifelhaft erscheint, und in solche, welche erst durch mehr oder minder verwickelte Denkoperationen gefunden werden müssen, so dass deren Existenz und Tragweite Zweifeln und Bedenken unterworfen ist. Nur wenn die Rechtsregeln, welche einen einzelnen Rechtsfall beherrschen, jener ersten Gruppe des unzweifelhaften und unbestreitbaren Rechtes angehören, ist der oberste Gerichtshof nach österreichischem Rechte in der Findung des Rechtes gegenüber zwei gleichlautenden Urtheilen unbeschränkt und kann seine Meinung an die Stelle der gleichförmigen Auffassungen der unteren Instanzen setzen. Sind dagegen die anzuwendenden Rechtssätze zu jener zweiten Gruppe zu rechnen, so ist die oberste Instanz an die gleichförmigen Entscheidungen der unteren Gerichte gebunden, sie darf das von den beiden ersten Instanzen gefundene Recht nicht durch ihre eigene juristische Ueberzeugung ersetzen, wenngleich

sie von der Irrthümlichkeit der in den Vorentscheidungen aufgestellten Rechtssätze vollständig überzeugt ist. Allerdings ist die Grenze der beiden Gebiete des zweifelhaften und unzweifelhaften Rechtes naturgemäss ausserordentlich schwankend und die Bestimmung dieser Grenze selbst in das Ermessen des obersten Richters gestellt. Dennoch aber müssen wir festhalten, dass der Machtkreis der höchsten Instanz nach österreichischem Rechte in Ansehung der Rechtsfindung in zahlreichen Fällen einer erheblichen intensiven Einschränkung unterworfen ist.[7])

Eine ähnliche Beschränkung der obersten Instanz in der Rechtsfindung wird auch in dem neuesten Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung vorgeschlagen. Soweit nämlich die Anfechtung von Urtheilen der zweiten (Revisions-) Instanz vermittelst des Rechtsmittels der Oberrevision nach dem deutschen Entwurfe überhaupt zulässig ist (§. 478 E), darf diese darauf, dass eine Rechtsnorm, welche sich nicht über das Gebiet der zweiten Instanz hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet worden sei, nur insoweit gestützt werden, als durch die Nichtanwendung oder die nicht richtige Anwendung jener Rechtsnorm ein deutsches Reichsgesetz verletzt worden ist.[8])

---

7) Eine ähnliche Unterscheidung macht das französische Recht, indem der Cassationsrecurs wegen Gesetzesverletzung (vgl. unten §. 5) nur dann zulässig ist, *quand l'infraction ou la violation est formelle, expresse, quand elle porte sur le texte même de la loi.* (Boitard a. a. O. Nr. 768.) Dadurch wird augenscheinlich eine erhebliche Anzahl von Gesetzesverletzungen aus dem Bereiche des Cassationsrecurses ausgeschieden.

8) Die im Texte gewählte Fassung der Competenzgrenze des Oberrevisionsgerichtes beruht auf dem Wortlaute des §. 479 des von dem preussischen Justizministerium im Jahre 1871 herausgegebenen Entwurfs einer deutschen Civilprocessordnung. Die etwas unklare Textirung dieser Gesetzesstelle ist in dem Entwurfe einer deutschen Civilprocessordnung vom Jahre 1872, welcher auf Grundlage des Entwurfes von 1871 von einer Commission ausgearbeitet wurde, erheblich verbessert worden. §. 498 des Entw. v. 1872 lautet: „Die Oberrevision kann auf eine Verletzung des Gesetzes nur dann gestützt werden, wenn entweder ein Reichsgesetz oder eine Rechtsnorm, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisions-

Auch hier scheidet das Gesetz die Gesammtheit der Rechtsregeln, welche auf einen Rechtsfall nach seinen räumlichen Beziehungen Anwendung finden können, in zwei grosse Massen: in solche, deren Geltungsgebiet nicht über den Sprengel des in zweiter Instanz urtheilenden Gerichtes hinausgeht, und in solche, welche entweder das ganze Reich oder doch zum Mindesten die Gebiete zweier Revisionsinstanzen ganz oder theilweise beherrschen. Nur wenn die Rechtssätze, welche auf einen Rechtsfall zur Anwendung kommen, dieser zweiten Gruppe angehören, ist die oberste Instanz im Falle der Oberrevision in Ansehung der Rechtsfindung keiner Beschränkung unterworfen, während sie bei Rechtsregeln der ersten Art an die juristische Auffassung der zweiten (Revisions-) Instanz gebunden ist. Auch nach dem deutschen Entwurfe ist also dem Machtkreise der obersten Instanz ein weites und wichtiges Gebiet des objectiven Rechtes entzogen, aus welchem blos die zweiten Instanzen die auf den einzelnen Fall anwendbaren Rechtsregeln zu finden berechtigt sind.

Weit wichtiger als diese Grenzen, welche der Rechtsfindung der obersten Instanz von einzelnen Gesetzgebungen gesteckt werden, sind jedoch — und damit sind wir zu dem eigentlichen Gegenstande dieser Abhandlung gelangt — die Einschränkungen der zweiten und dritten Instanzen in Ansehung der Thatsachen, die den ihnen vorgelegten Rechtsfällen zu Grunde liegen. In dieser Beziehung lassen sich in den positiven Gesetzgebungen zwei Hauptrichtungen mit bedeutenden Abweichungen in den Einzelheiten erkennen.

---

gerichtes hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Die Entscheidung des Revisionsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt von Rechtsnormen, auf deren Verletzung die Oberrevision nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Oberrevision ergehende Entscheidung massgebend." (Vgl. über diese Beschränkung des Oberrevisionsgerichtes in der juristischen Beurtheilung der Rechtsfälle die Begründung zum Entw. v. J. 1871, S. 248—249, 383—384, ferner die Begründung des Entw. v. J. 1872, S. 53—55, 425—428.)

Entweder kann nämlich die Berufungsinstanz in der Prüfung des factischen Processmaterials völlig unbeschränkt sein, sie kann also bei ihrer Entscheidung auch solche Thatsachen und Beweismittel berücksichtigen, welche von den Parteien in der Verhandlung vor dem ersten Richter nicht angeführt oder angeboten worden sind. Der Zweck des Berufungsverfahrens nach diesem System ist also nicht blos zu prüfen, ob die Entscheidung des ersten Richters dem formellen Rechte entspricht, wie sich dieses als Resultat der Verhandlung vor der ersten Instanz darstellt; der Berufungsrichter hat vielmehr zu untersuchen, ob das streitige Rechtsverhältniss seine dem materiellen Rechte entsprechende Entscheidung gefunden hat, mag dieses Resultat auch nur durch eine vollkommen neue Grundlegung des Processes, durch die Ergänzung oder den völligen Umsturz der Verhandlung vor dem ersten Richter erreicht werden können. Oder es kann zweitens die Berufungsinstanz durch das Gesetz an das factische Vorbringen der Parteien in der ersten Instanz gebunden, also die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel in zweiter Instanz von Seiten der Parteien ausgeschlossen sein. Hier also bildet das thatsächliche Processmaterial, welches die Parteien dem ersten Richter vorgelegt haben, für die Streittheile wie auch für den oberen Richter den Rahmen, in welchen das Rechtsmittelverfahren, soweit die ordentlichen Rechtsmittel in Betracht kommen, unwiderruflich gebannt ist, und die Thätigkeit der Berufungsinstanz ist lediglich auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob der Richter alle gesetzlich erheblichen Beweise zugelassen und aus den zugelassenen Beweisen die gesetzlichen Consequenzen gezogen habe. Nicht darum handelt es sich also nach diesem System in dem Berufungsverfahren, ob die Entscheidung des ersten Richters objectiv dem Rechte entspricht, sondern lediglich darum, ob dieselbe unter den subjectiven Bedingungen, unter welchen sich das streitige Rechtsverhältniss der ersten Instanz durch die Thätigkeit der Parteien dargestellt hat,

gesetzlich gerechtfertigt werden kann. Man kann daher die Thätigkeit des oberen Richters nach jener ersten Gruppe von Gesetzgebungen als eine materielle, nach der zweiten dagegen als eine formelle Prüfung der Gesetzmässigkeit des vom ersten Richter geschöpften Urtheils bezeichnen.

Welches von diesen beiden Berufungssystemen ist nun für unser modernes Verfahren vorzuziehen? Diese Frage ist durch den neuen Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung (1871) wieder in den Vordergrund der Discussion gerückt worden und deren Lösung soll auch den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden. Ehe ich jedoch mich dieser Aufgabe selbst zuwende, soll hier noch untersucht werden, welche Stellung die Gesetzgebungen früherer Epochen zu dieser wichtigen processualischen Frage eingenommen haben. Wie bei jeder historischen Untersuchung, so wird sich auch hier ergeben, dass die Probleme, welche das Bedürfniss der Gegenwart wieder an die Oberfläche treibt, vorlängst schon unter anderen Verhältnissen gestellt und mit grösserem oder geringerem Erfolge gelöst worden sind. Von dem durch diese Untersuchung gewonnenen Standpunkte aus wird es nicht schwer sein, zu entscheiden, ob die Ausschliessung oder die Zulassuug von neuem Beweisstoffe im Berufungsverfahren für das Processverfahren unserer Zeit als zweckmässig und erspriesslich zu betrachten ist.

§. 2.

Römisches Recht.

Dem älteren römischen Rechte bis zum Untergange der Republik war in Civilsachen ein Appellationsverfahren in unserem Sinne unbekannt. Allerdings hat das römische Recht der älteren Zeit zwei Rechtsinstitute: die *provocatio* und die *appellatio* ausgebildet, welche eine Ueberprüfung der richterlichen Entscheidungen zum Gegenstande haben und in-

sofern mit unserer heutigen Appellation eine äussere Aehnlichkeit besitzen. Allein die *provocatio* bezog sich lediglich auf das Strafverfahren, indem durch dieses Rechtsinstitut jedem römischen Bürger die Möglichkeit eröffnet war, von einem Urtheile des Criminalrichters an die höchste Instanz, nämlich an das römische Volk selbst zu provociren, welches sodann das Strafurtheil einer nochmaligen Prüfung unterzog. Das zweite jener beiden Institute: die *appellatio* war zwar auch auf Civilsachen anwendbar, indem jeder Magistrat des römischen Volkes das Recht hatte, die Entscheidungen eines anderen Magistrats von gleichem oder geringerem Range, also auch Civilentscheidungen durch seinen blossen Einspruch zu vernichten; die Wirkung dieses Einspruchs war aber lediglich eine negative und der intercedirende Magistrat hatte nicht das Recht, die Angelegenheit an sich zu ziehen, sie selbst zu prüfen und nach seiner besseren Einsicht zu entscheiden. Für die ältere Zeit des römischen Rechtes konnte also gar nicht die Frage aufgeworfen werden, ob der intercedirende Beamte berechtigt sei, seiner Entscheidung des Rechtsfalles auch solche Thatsachen und Beweismittel zu Grunde zu legen, welche in der Verhandlung vor dem ersten Magistrat nicht vorgekommen waren, denn der intercedirende Magistrat hatte, wenn ich mich eines modernen Ausdrucks bedienen darf, lediglich die Befugnisse einer Cassationsinstanz und war überhaupt nicht berechtigt, an die Stelle der cassirten Untersuchung und Entscheidung eine eigene Untersuchung und Entscheidung zu setzen. [1])

Dieses Verhältniss änderte sich während der Kaiserzeit, indem nunmehr der Kaiser oder sein Stellvertreter

---

[1]) Vgl. hierüber Savigny, System des römischen Rechtes, Bd. 6, Beilage XV, S. 485—500; Bethmann-Hollweg, Civilprocess, Bd. 2, S. 38—41; Th. Mommsen, Römisches Staatsrecht, Bd. 1, S. 209—237. Der zuletzt angeführte Schriftsteller unterscheidet in der gesammten hemmenden Thätigkeit der römischen Magistrate zwei Elemente: das Verbietungsrecht und die eigentlich sogenannte magistratische Intercession. Das Verbietungsrecht hat den Zweck, noch nicht vollzogene Acte eines

berechtigt ist, den Rechtsfall, welcher an ihn durch Appellation gediehen war, selbständig zu untersuchen und zu entscheiden. Dieser Rechtszustand wird in den zahlreichen Excerpten aus den classischen Juristen, welche uns in der justinianischen Compilation über das Appellationsverfahren aufbewahrt sind, überall so entschieden vorausgesetzt, dass es einer besonderen Hinweisung auf einzelne Stellen nicht bedarf. Es ist also nur zu bestimmen, ob und in welchem Umfang das römische Recht der Kaiserzeit die Vorführung von neuem Beweisstoff in der Berufungsinstanz gestattet hat.

Jede Einschränkung des oberrichterlichen Prüfungsrechtes setzt voraus, dass der Inhalt der Verhandlung vor dem ersten Richter der oberen Instanz in authentischer Form zur Kenntniss gebracht werde. Dies macht im schriftlichen Verfahren keine Schwierigkeit, da in diesem die Vorträge der Parteien, die Entscheidungen des Richters und überhaupt alle processualischen Handlungen durch ihre schriftliche Abfassung dauernd fixirt sind. In dem mündlichen Verfahren lassen dagegen die Handlungen des Richters und insbesondere jene der Parteien regelmässig keine sichtbaren Spuren zurück und es muss deshalb, wenn die Verhandlung vor dem ersten Richter den begrenzenden Rahmen für die Thätigkeit der Berufungsinstanz bieten soll, ein besonderes Verfahren bestehen, durch welches der obere Richter den Inhalt der ersten Verhandlung wenigstens in den wesentlichen Punkten zu erkennen vermag. Dieser Zweck könnte nun zunächst durch eine Vernehmung der Parteien, des ersten Richters und der sonst noch an der ersten Verhandlung betheiligten Personen erreicht werden und in der That scheinen einige ältere Rechte dieses Ver-

---

niederen Magistrates durch Untersagung von Seite eines höheren Functionärs zu verhindern, durch die Intercession dagegen wird die bereits vollzogene Handlung eines Beamten von gleichem oder geringerem Range cassirt, in ihrem praktischen Erfolge aufgehoben.

fahren wirklich angewendet zu haben [2]); allein es ist augenscheinlich, dass einer solchen Reproduction der Verhandlung vor dem ersten Richter alle Mängel einer vollen zweiten Instanz anhaften, ohne dass sie jedoch die Vortheile einer wiederholten, auf das ganze thatsächliche und juristische Processmaterial sich erstreckenden Prüfung gewährt. Der richtige Weg zur Erreichung jenes Zieles kann also nur sein, den wesentlichen Inhalt der mündlichen Verhandlung vor der ersten Instanz durch das Mittel der Schrift authentisch zu fixiren und in dieser Form zur Kenntniss des oberen Richters zu bringen.

Die schriftliche Fixirung der mündlichen Verhandlung vor dem ersten Richter kann jedoch auf eine doppelte Weise bewirkt werden. Das Gesetz kann nämlich zuvörderst diese Aufgabe im Wesentlichen in die Hände des ersten Richters legen und den streitenden Parteien lediglich ein Recht der Controle gegen den Irrthum oder die Einseitigkeit des Richters einräumen. Die Art und Weise, wie der Richter jene schriftliche Fixirung vornimmt, kann sehr verschiedener Natur sein, es kann die erste Instanz die processualischen Handlungen, welche sich vor derselben vollziehen, in einer ohne Verzug verfertigten Aufzeichnung (Protokoll) beurkunden [3]), oder sie kann den Inhalt der

---

[2]) Nach dem älteren französischen Recht werden zu der Appellationsverhandlung nicht nur die Streitparteien, sondern auch der Unterrichter geladen, Letzterer augenscheinlich zu dem Zwecke, um über das Verfahren in erster Instanz Aufschluss zu geben und dasselbe nöthigenfalls zu rechtfertigen. Vgl. Wilhelm Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, 3 Bd. (1858) S. 551.

[3]) In sehr weiter Ausdehnung erfolgt die Protokollirung der Verhandlung vor dem ersten Richter in dem pseudomündlichen Verfahren des gemeinen und österreichischen Rechtes. (Wetzell S. 378—80. Oesterr. A. G. O. §. 18.) Die neueren Civilprocessordnungen, welche auf dem Principe der Mündlichkeit beruhen, haben den Inhalt des Protokolls über die mündliche Verhandlung in erster Instanz so erheblichen Einschränkungen unterworfen, dass dieses als ein getreues Bild derselben nicht mehr betrachtet werden kann. Vgl. die folgende Note.

mündlichen Verhandlung blos in dem Urtheile und seinen Gründen[4]) oder wohl gar erst in einem für den Berufungsrichter verfassten Berichte schriftlich zusammenfassen.[5]) In allen diesen Fällen muss aber den Parteien die Möglichkeit eröffnet werden, den Richter in seiner beurkundenden Thätigkeit zu unterstützen und deren Resultate zu berichtigen oder zu ergänzen. — Dann aber kann zweitens jene schriftliche Fixirung der mündlichen Verhandlung vor der ersten Instanz den streitenden Parteien ebenso anheimgestellt werden, wie ja die Gestaltung des Processes in allen anderen Beziehungen fast ausschliesslich in die Hände der Streittheile gelegt ist. Nach diesem Systeme werden also die streitenden Parteien die mündliche Verhandlung vor der ersten Instanz in einer gemeinsam festgestellten Schrift zusammenfassen und nur dann, wenn eine solche Uebereinstimmung nicht zu erreichen ist, wird der Richter endgiltig entscheiden, was als wahrer Inhalt

---

[4]) Hieher gehören diejenigen Gesetzgebungen, welche die Protokollirung der mündlichen Verhandlung nur über wenige Punkte anordnen, wodurch die Darstellung der Vorgänge des mündlichen Verfahrens naturgemäss in die Gründe des Urtheils verlegt wird. Vgl. z. B. den deutschen Entwurf v. 1872 §. 139—141. 269 Z. 3 §. 270 Oesterr. Ges. v. 27. April 1873 (über das Bagatellverfahren) §. 72. 77.

[5]) Als Beispiel eines Appellationsverfahrens, in welchem der Richter den Inhalt der Streitverhandlung erst in dem Berichte an den Berufungsrichter zusammenfasst, kann der römische Process der ersten 3 Jahrhunderte gelten. Mochte nämlich der untere Richter noch vor der Entscheidung des Streitfalles die Meinung des Kaisers einholen oder die Rechtssache in Folge einer Appellation gegen sein Endurtheil an das kaiserliche Tribunal devolvirt werden: in beiden Fällen legte der erste Richter dem Kaiser eine Darstellung der Streitverhandlung vor, welche, da das Verfahren bis dahin ein rein mündliches gewesen war, lediglich aus der Erinnerung geschöpft sein konnte. (Vgl. unten Note 7.) Später, als im römischen Processe die Mündlichkeit immer mehr durch die Schriftlichkeit verdrängt wurde, sind die über jede gerichtliche Handlung aufgenommenen Protokolle die wichtigste Quelle für die Beurtheilung des oberen Richters und der Bericht hat nunmehr blos die Bestimmung, einen getreuen Auszug aus den Acten zu geben. (L. 4 C. Th. *de relat.* 11. 29, L. 3 C. eod. 7. 71.)

des ersten Verfahrens zu betrachten und schriftlich zu beurkunden ist.[6])

Von diesen beiden Wegen, den Inhalt der mündlichen Verhandlung zur Kenntniss des Berufungsrichters zu bringen, hat nun das römische Recht von Altersher den ersteren gewählt, und zwar in der Weise, dass der erste Richter den Inhalt der vor ihm vollzogenen Verhandlung in einen Bericht zusammenfasste, welcher den streitenden Parteien mitgetheilt und von diesen nöthigenfalls durch Gegenschriften *(libelli refutatorii)* berichtigt wurde. Als Beispiel eines solchen Berichtes können uns einige Briefe des jüngeren Plinius dienen, welche dieser in seiner Eigenschaft als Statthalter von Bithynien an den Kaiser Trajan gerichtet hat. Allerdings ist unter diesen Briefen kein Bericht über einen Streitfall enthalten, welchen Plinius bereits entschieden hatte, vielmehr sind jene Schreiben ausnahmslos eigentliche Consultationen, d. h. Anfragen, welche Plinius an den Kaiser noch vor dem Endurtheile in der Absicht richtet, um dessen Antwort seiner eigenen Entscheidung zu Grunde zu legen. Allein jene Consultationen wurden, wie aus späteren Zeugnissen mit Bestimmtheit hervorgeht, im römischen Processe immer in vollständig analoger Weise wie die Appellationen gegen Urtheile der ersten Instanzen behandelt und man kann deshalb aus dem Verfahren in Fällen der Consultation auf die Gestaltung des eigentlichen Appellationsverfahrens einen sicheren Schluss ziehen. Der Inhalt der Verhandlung vor dem

---

[6]) Nach heutigem französischen Processrecht werden die Qualitäten des Urtheils, d. h. jener Bestandtheil desselben, in welchem die Namen der streitenden Parteien, die bei der Verhandlung gestellten Anträge, endlich die in derselben vorgekommenen That- und Rechtsfragen festgestellt werden, von den Anwälten der beiden Parteien einverständlich verfasst und nur im Falle von Streitigkeiten hat der Präsident des Gerichtshofes erster Instanz zu entscheiden. Boitard, *Leçons de procédure civile,* 10. Aufl. (1869) Bd. I, S. 259—261. Ebenso wurde nach älterem österr. Processrecht der Inhalt der mündlichen Verhandlung vor dem ersten Richter regelmässig durch die Parteien selbst schriftlich fixirt. Vgl. unten §. 4.

ersten Richter kam also schon in der früheren Kaiserzeit in authentischer Form zur Kenntniss des Berufungsrichters und es ist deshalb unrichtig, wenn Bethmann-Hollweg den Mangel einer solchen Beurkundung als Hauptgrund für die — allerdings richtige — Ansicht anführt, dass während dieses Zeitraumes die Vorführung von neuem Beweismaterial in den höheren Instanzen zulässig gewesen sein müsse.[7]) Vielmehr hätte die Anführung von Neuerungen in dem Berufungsverfahren schon unter den ersten Kaisern ebenso gut untersagt werden können, wie dieses in der späteren Zeit unter wesentlich gleichen processualischen Formen wirklich geschehen ist.

---

[7]) Dass der Richter im Falle der Zurückweisung einer Appellation den ganzen Hergang an die obere Instanz schriftlich zu berichten hat, wird in der L. 6. D. *de appell. recip.* 49. 5 ausdrücklich bezeugt. Allein auch dann, wenn der Richter die Appellation annahm und in Folge dessen dem Appellanten Apostel ausfertigte, wurde von ihm ohne Zweifel der Inhalt der Streitverhandlung, und zwar eben in dem *libellus dimissorius* kurz resumirt und so zur Kenntniss der höheren Instanz gebracht. Dafür spricht ausser den im Text erwähnten Gründen insbesondere auch das spätere Appellationsverfahren, in welchem der Bericht des ersten Richters die Grundlage der ganzen Appellationsverhandlung bildet. Dieser Annahme steht auch nicht entgegen, dass die L. 1. §. 1. D. *de libel. dimiss.* 49. 6. als Inhalt der Apostel blos angibt: *appellasse (puta) Lucium Titium a sententia illius quae inter illos dicta est*, da diese Inhaltsangabe nur jenen Theil der Apostel zum Gegenstand hat, welcher sich auf die Ergreifung des Rechtsmittels selbst, nicht auf dessen Begründung bezieht. In ähnlicher Weise wird von Ulpian in der L. 1. §. 4. D. *de appell.* 49. 1 der Inhalt des von dem Appellanten überreichten Appellationslibells dahin resumirt, *ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet et adversus quem et a qua sententia.* Und doch wird in der L. 3. §. 3. D. eod. auf eine unzweifelhafte Weise bezeugt, dass die Appellanten in dem Appellationslibell auch eine kurze Rechtfertigung der Berufung zu geben pflegten. Die L. 24. C. J. *de app.* 7. 62, welche an den Stadtmagistrat von Carthago, also an eine Behörde gerichtet ist, bei welcher immer das classische Appellationsverfahren stattfinden musste (s. unten), nennt deshalb auch die Apostel schlechthin *relatio* und vergleicht sie also mit dem Berichte im Consultationsverfahren, dessen umfangreicher Inhalt uns aus zahlreichen Constitutionen bekannt ist.

Obwohl sich also aus der Natur des Berufungsverfahrens, wie es schon in der ersten Kaiserzeit bestand, für die Entscheidung unserer Frage keine sicheren Anhaltspunkte gewinnen lassen, so ist doch unzweifelhaft, dass in den ersten drei Jahrhunderten die Vorführung von neuem Beweismaterial auch in der Berufungsinstanz zulässig war. Das früheste Zeugniss [8]) für diese Thatsache ist folgendes Schreiben des jüngeren Plinius (Ep. X. 81.):

Cum Prusae ad Olympum, domine, publicis negotiis intra hospitium eodem die exiturus vacarem, Asclepiades magistratus indicavit appellatum me a Claudio Eumolpo. Cum Cocceianus Dion in bule adsignari civitati opus cuius curam egerat vellet, tum Eumolpus adsistens Flavio Archippo dixit exigendam esse a Dione rationem operis ante quam rei publicae traderetur, quod aliter fecisset ac debuisset. [9]) *Adiecit etiam esse in aede positam tuam statuam et corpora sepultorum,*

---

[8]) Das im Text abgedruckte Schreiben des Plinius an Trajan fällt in die Jahre 111—113, in welchen Ersterer Proconsul von Bithynien war (Bernhardy, Grundriss der römischen Literatur. 5. Aufl. 1872, S. 837). Der Zeitpunkt der Erlassung der L. 6 C. J. *de app.*, welche Wetzell Civilprocess 2. Aufl. S. 695, als das älteste directe Zeugniss für die Anerkennung unserer Rechtswohlthat im römischen Rechte ansieht, ist nicht genau bekannt, da diese Verordnung im Codex ohne Datum ist, doch kann dieselbe nicht vor dem Jahre 286 nach Chr. kundgemacht worden sein, weil Diocletian erst in diesem Jahre den Maximian als Mitregenten annahm, welcher in der Aufschrift des Gesetzes als Augustus erscheint.

[9]) Nach der römischen Verwaltungspraxis wurden von den Stadtvertretungen, wenn ein Bau auszuführen war, ein oder mehrere Commissäre (*curatores*) zur Durchführung desselben ernannt, welche zur Rechnungslegung über die ihnen gewährten Credite verpflichtet waren (L. 2. §. 1 D. *de oper. publ.* 50. 10. L. 1. C. *de ratioc. op. publ.* 8. 13). Nur Derjenige, welcher einen öffentlichen Bau ohne Verpflichtung aus blosser Liberalität aufführen liess, war von jener Verbindlichkeit zur Rechnungslegung befreit. (L. 1 cit.) Da Dion augenscheinlich ein Curator der ersten Art war (*operis curam egerat*), so war das Verlangen des Flavius Archippus nach Rechnungslegung, dann nach Rechtfertigung in Betreff der Qualität des Baues vollkommen gerechtfertigt.

uxoris Dionis et filii, postulavitque ut cognoscerem pro tribunali.[10]) *Quod cum ego me protinus facturum dilaturumque profectionem dixissem, ut longiorem diem ad instruendam causam darem utque in alia civitate cognoscerem petiit. Ego me auditurum Nicaeae respondi. Ubi cum consedissem cogniturus, idem Eumolpus, tamquam (si) adhuc parum instructus, dilationem petere coepit: contra Dion ut audiretur exigere. Dicta sunt utrimque multa, etiam de causa. Ego cum dandam dilationem et te consulendum existimarem in re ad exemplum pertinenti, dixi utrique parti ut postulationum suarum libellos darent. Volebam enim te ipsorum potissimum verbis ea quae erant proposita cognoscere. Et Dion quidem se daturum dixit: (et) Eumolpus respondit conplexurum se libello quae rei publicae peteret, ceterum quod ad sepultos pertineret, non accusatorem se sed advocatum Flavii Archippi, cuius mandata pertulisset. Archippus, cui Eumolpus sicut Prusiade adsistebat, dixit se libellum daturum. Ita nec Eumolpus nec Archippus quam plurimis diebus expectatis adhuc mihi libellos dederunt: Dion dedit, quem huic epistulae iunxi. Ipse in re praesenti fui et vidi tuam quoque statuam in bibliotheca positam: id autem in quo dicuntur sepulti filius et uxor Dionis in area conlocatum, quae porticibus includitur. Te, domine, rogo ut me in hoc praecipue genere cognitionis regere digneris, cum alioqui magna sit expectatio, ut necesse est in ea re quao et in confessum venit et exemplis defenditur.*

In diesem Briefe sagt Plinius ausdrücklich, dass von Claudius Eumolpus an ihn Appellation eingelegt worden sei. Der Magistrat, gegen dessen Entscheidung das Rechtsmittel ergriffen wird, ist zwar in dem Schreiben nicht angegeben; doch muss man nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle annehmen, dass die Appellation gegen ein administratives Decret der Stadtvertretung von Prusa gerichtet war. Der in dem Briefe erwähnte Dion war näm-

---

[10]) Die römischen Provinzialstatthalter hatten eine sehr weitgehende Gewalt, Beschlüsse der Decurionen, welche ihnen nicht gesetzlich oder nicht zweckmässig erschienen, auf Antrag oder von Amtswegen aufzuheben. L. 4 D. *de decret. ab ord. fac.* 50. 9.

lich als Commissär *(Curator)* zur Durchführung eines Bauwerkes bestellt worden und wollte dasselbe nach seiner Vollendung der Stadtvertretung *(bule)* übergeben *(assignare)*. In dem Schoosse der Bule von Prusa erhob jedoch Flavius Archippus, als dessen Beistand der appellirende Claudius Eumolpus erscheint, gegen die Uebernahme des Werkes Einsprache, indem er behauptete, dass der Bau von Dion nicht in der gehörigen Weise ausgeführt worden sei. Dessenungeachtet scheint der Stadtrath von Prusa das Werk übernommen zu haben und gegen dieses Decret war eben die Appellation des Eumolpus als Beistand des Archippus gerichtet. [11]) Ueberdies hatte Eumolpus vor der Bule gegen die Uebernahme des von Dion errichteten Werkes noch geltend gemacht, dass darin vielleicht eine Majestätsbeleidigung erblickt werden könne, weil in dem Baue sich neben der Statue Trajan's auch noch die Begräbnissstätten des Sohnes und der Gattin des Erbauers befanden. Dieser Gesichtspunkt wurde jedoch von Eumolpus, der dem Archippus ebenso wie bei der Verhandlung in Prusa als *advocatus* Beistand leistete *(qui Archippo sicut Prusiade assistebat)*, in dem vor Plinius stattfindenden Berufungsverfahren fallen gelassen, so dass dieser nunmehr lediglich als Appellationsrichter zu entscheiden hatte.

Wie verhält sich nun Plinius in dieser Verhandlung zu der processualischen Frage, welche uns in der vorlie-

---

[11]) Dass nicht blos Civilprocesse, sondern auch eigentliche Administrativjustizsachen nach dem römischen Verwaltungsrecht in den Formen des Appellationsverfahrens verhandelt wurden, ist unzweifelhaft. Schon während der Republik war gegen ähnliche Administrativjustizdecrete die Vorläuferin des Appellationsverfahrens: die magistratische Intercession, zulässig. (Mommsen, Römisches Staatsrecht. Bd. 1, S. 224—225.) Auch während der Kaiserzeit können die administrativen Decrete der ersten Instanzen fortwährend in den Formen des Appellationsverfahrens angefochten werden, ja die Appellation scheint das einzige Rechtsmittel gewesen zu sein, um die Aufhebung ungerechter Verwaltungsentscheidungen herbeizuführen. L. 1. L. 2. D. *si tutor vel curator mag. creat. appellaverit* 49. 10, L. 12, L. 21. §. 2. D. *de appell.* 49. 1. L. 4. L. 7. L. 11. C. eod. 7. 62.

genden Schrift beschäftigt? Weder die streitenden Parteien, noch auch Plinius selbst sind im Zweifel, dass neue Thatsachen und Beweismittel in der zweiten Instanz in unbeschränktem Masse zulässig sind. Gleich zu Anfang, während sich Plinius noch in Prusa befindet, bittet Eumolpus, dass ihm Ersterer einen längeren Aufschub zur gehörigen Instruction der Sache *(ad instruendam causam)* gewähren und deshalb den Termin zur Verhandlung in einer anderen Stadt, welche er auf seiner Rundreise als Statthalter noch berühren würde, anordnen möge, welchem Verlangen Plinius auch durch Vorladung der Parteien nach Nicaea nachkommt. Ein solcher Vorgang hätte aber augenscheinlich keinen Sinn gehabt, wenn die Instruction der ganzen Sache schon in der ersten Instanz vollständig durchgeführt worden wäre. In Nicaea verlangt Eumolpus einen weiteren Aufschub und begründet diese seine Bitte damit, dass er das Beweismaterial noch nicht vollständig gesammelt habe *(tamquam parum instructus).* Auch Plinius trägt kein Bedenken, den beiden Parteien die Einreichung von Streitschriften *(libelli)* zum Behufe der Vorlage an den Kaiser aufzutragen. Nirgends ist von einer Beschränkung des Beweisstoffes auf das in erster Instanz Verhandelte die Rede, ja wenn Plinius nicht ausdrücklich erwähnen würde, dass Eumolpus an ihn Appellation eingelegt und der Magistrat Asklepiades ihn davon unterrichtet habe, so könnte der täuschende Schein entstehen, dass der Rechtsfall von Plinius in erster Instanz untersucht und entschieden worden sei.

Die Rechtswohlthat der Neuerungen im Berufungsverfahren erhielt sich zugleich mit dem mündlichen Verfahren in den höheren Instanzen während der ganzen Blüthezeit der classischen Jurisprudenz. So sagt Ulpian in der L. 3. §. 3. D. *de appell.* 49. 1:

Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit? an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? an vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facilitatem in agendo etiam aliam causam

provocationis reddere persequique provocationem suam, quibuscunque modis potuerit.

Ulpian wirft in dieser Stelle die Frage auf, ob der Appellant, wenn er in dem Appellationslibell einen bestimmten Beschwerdegrund angegeben, diesen fallen lassen und einen anderen anführen könne? Diese Frage beantwortet Ulpian so, dass der Berufungskläger in der mündlichen Appellationsverhandlung (*in agendo*) nöthigenfalls auch einen anderen Beschwerdegrund angeben und überhaupt das von ihm ergriffene Rechtsmittel in jeder beliebigen Weise (*quibuscunque modis*) verfolgen könne. Augenscheinlich hätte sich Ulpian dieser Ausdrucksweise nicht bedienen können, wenn der Berufungskläger sich in seinem Angriffe gegen das Urtheil der ersten Instanz auf den vor dieser verhandelten Beweisstoff hätte beschränken müssen.

Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens scheint während der ersten drei Jahrhunderte der Kaiserzeit auch in der Praxis des obersten Appellhofs im römischen Reiche, nämlich des kaiserlichen Tribunals eine feststehende Thatsache gewesen zu sein. In den ziemlich zahlreichen Berichten über derartige Appellationsverhandlungen, welche uns in den Pandekten aufbewahrt sind, wird wenigstens nirgends eine Beschränkung in dieser Beziehung angedeutet. Allerdings findet sich auch in jenen summarischen Darstellungen meines Wissens keine deutliche Anerkennung unserer Rechtswohlthat, doch kann wohl aus dem Schlusssatze der L. 97. D. *de leg.* III. gefolgert werden, dass die Benützung neuer Gesichtspunkte in dem Berufungsverfahren vor dem Kaiser in sehr ausgedehntem Umfange zulässig war, und dass insbesondere beide Parteien dem Kaiser auch neue Thatsachen und Beweismittel vorlegen konnten. [12])

---

[12]) Der Inhalt der L. 97. cit. (*Paulus lib. II Decretorum*) gehört mit Ausnahme des Schlusssatzes nicht hieher. Dem Schlusssatze zufolge machte der Legatar in der Verhandlung vor dem Kaiser geltend, dass nach dem Tode des Erblassers von den Colonen gewisse ihm vermachte Rückstände eingetrieben worden seien, deren Rückersatz der Kaiser den Erben

Einen klaren, gesetzlichen Ausdruck fand endlich das Princip, dass auch in der Berufungsinstanz die Vorführung von neuem Beweisstoffe zulässig sei, in einem Gesetze von Diocletian und Maximian, in welchem die beiden Kaiser die wichtigsten Rechtssätze über die Appellation, wie sich dieselben schon längst durch Gesetzgebung und Wissenschaft ausgebildet hatten, kurz zusammengefasst zu haben scheinen. Die hieher gehörigen Stellen des Gesetzes, welches sich auf Appellationen jeder Art, folglich auch auf jene an den Kaiser bezieht, lauten folgendermassen:

L. 6 §. 1. 2. C. J. *de appellat.* 7. 62.

§. *1. Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit ommissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur: cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis, quam iustitiam locum habere debere, necessaria forte res transmissa non excludenda videatur.* §. *2. Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse personas, per quas apud iudicem, qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, quam existimavit occultam hocque fieri iudex perspexerit, sumptus iisdem ad faciendi itineris expeditionem praebere debebit: cum id ipsa iustitia persuadeat ab eo hoc recognosci, qui evocandi personas sua iteresse crediderit.*

Die Ausdrucksweise der L. 6 §. 1 cit. könnte den Schein hervorbringen, dass das *beneficium novorum* erst durch diese Constitution von Diocletian und Maximian eingeführt worden sei. Denn weshalb würden die beiden Kaiser jenen Rechtssatz mit sichtlichem Nachdruck zu begründen ver-

---

auferlegte. Wenn dieser Umstand, wie wahrscheinlich ist, vor dem in erster Instanz erkennenden Provinzialvorstand nicht geltend gemacht worden war, so würde dies auf eine sehr freie Stellung des Berufungsrichters deuten. Andere Beispiele von Berufungsverhandlungen vor dem kaiserlichen Tribunal sind enthalten in L. 38. pr. D. *de min.* (4. 4.), L. 8. D. *quod cum eo* (14. 5.), L. 97. D. *de acq. her.* (29. 2.), L. 74. pr. §. 1. D. *ad S. C. Trebell.* (36. 1.), sämmtlich aus den *Libris Decretorum* des Paulus.

suchen, wenn derselbe in dem römischen Processe schon von Altersher gegolten hätte? Dennoch würde es schlechthin verfehlt sein, aus den Worten jenes Gesetzes für die frühere Zeit auf einen entgegengesetzten Rechtszustand zu schliessen. Es ist bekannt, wie häufig die späteren Kaiser selbst solche Rechtssätze, die schon längst in unzweifelhafter Geltung standen, in ihren Verordnungen mit grossem Redeaufwande als ihre eigene Erfindung verkünden. Ueberdies hatten die Rechtsmittel, wie aus den Briefen des Plinius hervorgeht, bis tief in die Kaiserzeit hinein unverkennbar einen arbiträren, durch feste Rechtssätze noch wenig geregelten Charakter, welcher in der schrankenlosen Macht des wichtigsten Berufungsrichters — nämlich des Kaisers — seine natürliche Erklärung findet. Wenn also die beiden Kaiser in der L. 6 §. 1 cit. die Vorführung von neuem Beweisstoff in der zweiten Instanz unbeschränkt zuliessen und sich die Anwendung des entgegengesetzten Rechtssatzes im arbiträren Wege dadurch für die Zukunft selbst verschlossen, so mochte die in jenem Gesetze enthaltene Bestimmung immerhin als eine wesentlich neue Anordnung betrachtet werden.

Das Resultat dieser Darstellung ist also, dass während der ersten drei Jahrhunderte der Kaiserzeit die Vorführung von neuem Beweismaterial in dem Berufungsverfahren, welches noch immer ein vorherrschend mündliches war, in unbeschränktem Umfange zulässig blieb, ohne Rücksicht, ob der Kaiser oder ein anderer Reichsbeamte als Appellrichter fungirte.

Dieser Rechtszustand wurde unter den christlichen Kaisern in Ansehung des kaiserlichen Gerichtshofes einer durchgreifenden Umänderung unterzogen. Das gesammte Berufungsverfahren war, wie oben gezeigt wurde, bisher theils schriftlich, theils mündlich gewesen, indem der untere Richter im Falle einer Appellation an den Kaiser (in den Aposteln) einen Bericht über den Gang des Processes erstattete und der Kaiser hierauf den Rechtsfall auf dieser

schriftlichen Grundlage, jedoch ohne strenge Abhängigkeit von derselben mündlich plaidiren liess. Von den späteren Kaisern, wahrscheinlich von Constantin, wurde die mündliche Verhandlung, welche noch in dem Gesetze Diocletian's in Civilsachen als nothwendig vorausgesetzt wurde, in der überwiegenden Anzahl von Fällen beseitigt [13]), so dass nunmehr das Verfahren vor dem kaiserlichen Berufungsgericht regelmässig blos in der Ueberreichung des Berichtes über die Verhandlung vor dem ersten Richter und den dagegen von den streitenden Parteien eingebrachten Gegenschriften bestand. Der äussere Hergang, der bei diesem rein schriftlichen Appellationsverfahren beobachtet wurde, entsprach im Wesentlichen dem schon in den ersten drei Jahrhunderten üblich gewesenen Consultationsverfahren, welches früher blos bei Anfragen an den Kaiser vor Schöpfung des Endurtheils zur Anwendung gekommen war, nunmehr aber auch auf die Appellationen gegen Endurtheile an das kaiserliche Gericht ausgedehnt wurde. [14])

[13]) Die Ansicht Bethmann-Hollweg's, dass seit Constantin jede Appellation an den Kaiser die Form der Consultation gehabt habe (Bethmann III, S. 333 Note 51) ist wohl nicht richtig. Nicht selten wird in den Verordnungen des theodosischen Codex von einer Concurrenz der Appellation und der Consultation auch in solchen Fällen gesprochen, wo nach dem Zusammenhange nur von einer Berufung an den Kaiser die Rede sein kann. Vgl z. B. l. 8 §. 1 C. Th. *de appellat.* 11, 30 ...... *appellatione vel consultatione pendente* .....

[14]) In dem Sprachgebrauche des theodosischen Codex haben die Worte *per consultationem* regelmässig die letztere Bedeutung und bezeichnen daher eine eigenthümliche Form der Berufung gegen bereits geschöpfte Urtheile des unteren Richters, während Anfragen bei dem Kaiser vor der Endentscheidung nach dem Rechte des theodosischen Codex (L. 55 C. Th. *de app.* 11. 30 aus dem J. 396) dem Richter untersagt sind. Anderer Ansicht ist Bethmann-Hollweg, Römischer Civilprocess III, S. 91, Note 12, welcher meint, dass die Consultatio vor erfolgter unterrichterlicher Entscheidung auch nach der L. 55 C. Th. cit. nur in völlig unzweifelhaften Fällen verboten war. Allein der klare Wortlaut der L. 55 cit. lässt wohl keinen Zweifel übrig, dass durch dieselbe jede Consultatio vor Schöpfung des Urtheils durch den ersten Richter abgeschnitten werden sollte. Das Gesetz lautet nämlich: *In negotiis civilibus cum nihil*

Seit Constantin wird daher in den Gesetzen über den kaiserlichen Gerichtshof das rein schriftliche Berufungsverfahren *per consultationem* dem mündlichen Verfahren *per appellationem* entgegengesetzt und steht in dem kaiserlichen Tribunal in überwiegender Geltung, ohne jedoch, wie es scheint, das classische Appellationsverfahren vollständig zu verdrängen. Als Ersatz für die so ungemein werthvollen Aufklärungen, welche das Plaidoyer der Parteien dem kaiserlichen Gerichtshof naturgemäss gewährt hatte, wurden nunmehr alle Streitverhandlungen in der Vorinstanz sorgfältig aufgezeichnet und die Vorlage dieser Acten an den Kaiser verfügt. Sehr anschaulich schildert die bedeutende Actenmenge, welche jetzt bei jeder Appellation an den Kaiser gelangte, die nachfolgende Verordnung von Valentinian und Valens, welche wahrscheinlich in dem Jahre 365 erlassen wurde:

L. 35. C. Th. *de appell.* 11. 30.

Cuncta instrumenta, quae iudiciis offeruntur, subiecta

---

sit, quod ante appellationem iudicio principali indigeat, agnitis partium allegationibus atque pensatis, terminari oportet controversias, non consultatione differri. Neque enim fas est, quod apud infirmum disceptatorem definiendi constantiam provocantis trepidatio retardavit, litigatorem sub ambiguo iugi exspectatione pendere. Vgl. auch L. 6 C. Th. *de relat.* 11. 29 aus dem Jahre 416, welches Gesetz die Vorlage des Rechtsfalles an den Kaiser auf Verlangen eines der Streittheile (und ohne Zweifel auch die Vorlage ohne jeden Antrag der Parteien) zu verbieten, dagegen die Befragung auf Verlangen beider Parteien zu gestatten scheint. Allerdings wird die Meinung Bethmann's durch eine in den theodosischen Codex (L. 1. C. Th. *de relat.* 11. 29) aufgenommene Verordnung Constantin's aus dem Jahre 313 n. Chr. scheinbar bestätigt, allein da in dieses Gesetzbuch nach der in der L. 5. C. Th. *de const. princ.* 1. 1 ausgesprochenen Absicht der Gesetzgeber im Gegensatze zum justinianischen Codex auch die bereits abrogirten Gesetze der Kaiser von Constantin an aufgenommen werden sollten, weil diese zur Entscheidung der älteren Rechtsfälle nothwendig waren, so muss die L. 1 cit. durch die L. 55 und die L. 6 cit. als aufgehoben und für das Recht des theodosischen Codex die Anfrage bei dem Kaiser im Laufe des Processes — zum Mindesten ohne Zustimmung beider Parteien — als verboten betrachtet werden.

consultationi gesta continere debebunt. Sed et acta, quae sint ante habita et monumenta transmittenda sunt, hisque annectenda sunt testimonia vel confessiones partium et omnia huiusmodi, in quibus causa consistit et habere exitum videatur. [15])

Selbstverständlich musste bei einem so reichen Actenmaterial, welches dem kaiserlichen Appellhof nunmehr vorlag, die Anwesenheit der Parteien als überflüssig, ja es mussten in Hinblick auf die Langsamkeit und Unbehilflichkeit, welche jedem rein schriftlichen Verfahren seiner Natur nach anhaftet, ihre Bitten um Beschleunigung als lästig und störend erscheinen. Die späteren Kaiser verbaten deshalb den Streitparteien, an dem kaiserlichen Hoflager zu erscheinen [16]); nur wenn die Entscheidung über ein Jahr auf sich warten liess, durften dieselben ihre Angelegenheit am kaiserlichen Hofe betreiben. [17]) Das Berufungsverfahren vor dem kaiserlichen Gerichtshofe hatte sich demnach unter den Nachfolgern Diocletian's in ein rein schriftliches verwandelt, der Kaiser entschied lediglich auf Grundlage der ihm vorliegenden Acten, jeder persönliche Einfluss der Parteien auf den Berufungsrichter war vollständig ausgeschlossen.

In engem Zusammenhang mit dieser Veränderung steht es nun, dass die Vorführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in dem kaiserlichen Berufungsgerichte jetzt ebenso entschieden untersagt ist, wie dieselbe bis dahin als zulässig erachtet wurde. Diese wichtige Neuerung wurde durch ein Gesetz Constantin's aus dem Jahre 321 n. Chr. eingeführt, wie schon daraus hervorgeht, dass dasselbe der missbräuchlichen Anwendung des *beneficium*

---

[15]) Vgl. hiezu auch noch L. 15 C. J. *de app.* 7. 62 . . . . . . *instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus . . . . . . Quare perennibus inuretur iudex notis, si cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverunt indita actis vel subiecta non potuerint inveniri.*

[16]) L. 34. pr. C. Th. *de app.* 11. 30.

[17]) L. 47. L. 54. L. 66. C. Th. *de app.* 11. 30.

novorum als einer gegenwärtigen Thatsache erwähnt. Das Gesetz lautet folgendermassen:

L. 11. pr. C. Th. *de appell.* 11. 30.

Idem A. (Constantinus) ad Maximum . . . . . Post alia: Nemo in refutatione aliquid congerat, quod asserere intentione neglexerit. Quod quidem saepe fit industria, si quod quis probari posse desperet, in praesenti desceptatione dissimulet, certus, se esse revincendum, si commenticia et ficta suggesserit. Propter quod cogi etiam singulos oportebit ad proferenda in iudicio universa, quae ad substantiam litigii proficere arbitrantur atque ea ratione urgeri, ut sciant, sibi ex auctoritate legis istius non licere refutatoriis tale aliquid ingerere, quod apud iudicem non ausi fuerint publicare. Nam si plena, ut iubemus, assertio per litigatorem in iudiciis exseratur, et integra instructio in consulti ordinem conferatur, stabit ratum ac fidele, quod iudicia nostra rescripserint, neque ullus querimoniae locus dabitur nec occasio supplicandi, ut convelli labefactarique iubeamus quae ad relationem eius sanximus qui neque vera neque universa suggessit. Omnes igitur partium allegationes, acta universa scripturarumque exempla omnium dirigantur. Quod cum universos iudices, tum praecipue sublimitatem tuam qui cognitionibus nostram vicem repraesentas servare conveniet.

Nach dem Rechte des theodosischen Codex ist also die Benützung neuen Beweisstoffes vor dem kaiserlichen Gerichtshof im Consultationsverfahren unbedingt ausgeschlossen. Für das classische Appellationsverfahren, soweit dieses sich in der Praxis des kaiserlichen Gerichtshofs erhielt, besteht keine ähnliche Vorschrift und dürfte daher die Rechtswohlthat der Neuerungen für diese jedenfalls nicht zahlreichen Fälle in fortdauernder Geltung verblieben sein. Die Grenze zwischen dem Consultations- und dem classischen Appellationsverfahren und in Folge dessen zwischen der Anwendbarkeit und der Nichtanwendbarkeit unserer Rechtswohlthat lässt sich für diese Zeit nicht mit Sicherheit ziehen: wahrscheinlich war dieselbe noch nicht durch

feste Rechtssätze bestimmt, da die Verdrängung der classischen Appellation durch die Consultation nicht auf dem Wege der Gesetzgebung, sondern durch eine Gewohnheit erfolgt sein dürfte, folglich ein gewisses Schwanken in der Anwendbarkeit beider Processformen wohl begreiflich erscheint.

Die Lösung dieser Zweifel war gewiss mit ein Grund zur Erlassung der L. 32 C. *de appellat.* 7. 62 (von Theodosius II. und Valentinian III.), deren Hauptzweck darin bestand, den Kaiser von der Verhandlung der an ihn durch Berufung gediehenen Rechtssachen einigermassen zu entlasten. Das Datum dieses Gesetzes ist nicht genau bekannt, es dürfte jedoch wahrscheinlich kurz nach der Kundmachung des theodosischen Codex (438), etwa im Jahre 439 oder 440 erlassen worden sein. Denn in dem Jahre 439 wurde eine Reihe von Veränderungen in dem bisherigen Instanzenwesen vorgenommen, welche das kurz vorher im theodosischen Codex normirte Berufungsverfahren als reformbedürftig erscheinen lassen mochten. In diesem Jahre wurde nämlich gestattet, innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren die nochmalige Ueberprüfung von Entscheidungen des *praefectus praetorio* mittelst der Supplication bei seinem Nachfolger selbst dann zu verlangen, wenn das Urtheil im öffentlichen Interesse ausgefallen war. [18]) Zu derselben Zeit wurden dem Präfekten *per Illyricum* dieselben Attribute ertheilt, welche bis dahin der *Praefectus praetorio per Orien-*

---

[18]) Die Appellation gegen die Entscheidungen der Präfecti prätorio war, wie es scheint, von Altersher ausgeschlossen, L. 17. D. *de minor.* 4. 4 (Hermog.) L. un. D. *de officio praef. praet.* 1. 11 (Aur. Arc. Charisius). Dieser Grundsatz wurde durch ein Gesetz Constantin's aus dem Jahre 331 (L. 16. C. Th. *de app.* 11. 30) neuerlich bestätigt. Die im Texte angedeutete Aenderung erfolgte durch die Nov. Theodosii II. Tit. XIII c. 1. §. 1. 2, (ed. Hänel), welche mit einigen Abkürzungen in die L. un. C. J. *de sent. praef. praet.* 7. 42 überging. Urtheilssprüche jeder Art, welche gegen den Fiscus ausfielen, waren der Cassirung durch ein ausserordentliches Rechtsmittel schon früher unterworfen. (L. un. C. J. *de sentent. adv. fiscum* 10. 9.)

tem besessen hatte.[19]) Alles dies musste zu einer wiederholten Prüfung der kurz vorher im theodosischen Codex gesammelten Bestimmungen über das Berufungsverfahren führen, wie denn auch die L. 32 §. 5 cit. nicht undeutlich auf das erste der soeben erwähnten Gesetze von Theodosius II. und Valentinian III. hinzudeuten scheint.

Die hieher gehörigen Stellen der L. 32 cit. sind nun folgende:

L. 32 §. 5 C. J. *de appell.* 7. 62.

Sane si illustrium ac magnificorum iudicum sententiae fuerint appellatione suspensae, eorum videlicet quorum sententias licet appellatione suspendi, per consultationem nostram volumus audientiam expectari, licet antea privato homini (id est non illustri) lite a nobis delegata, is postea tempore definitionis illustri decoratus dignitate reperiatur. Eodem observando, et si alter ei coniunctus sit arbiter, qui non illustrem meruit dignitatem.

L. 32 pr. §. 1. 2. eod.

Praecipimus ex appellationibus spectabilium iudicum, quae per consultationes nostri numinis disceptationem implorant, non nostram ulterius audientiam exspectari: ne nostris occupationibus, quibus pro utilitate mundi a singulorum nonnunquam negotiis avocamur, aliena defraudari commoda videantur. Sed si a Proconsulibus vel Augustali vel Comite Orientis vel Vicariis fuerit appellatum: virum illustrem Praefectum praetorio, qui in nostro est comitatu, virum etiam illustrem Quaestorem nostri palatii, disceptationem iubemus arripere eo ordine, ea observatione iisdemque temporibus, quibus ceterae quoque lites fatali die post appellationem in sacris auditoriis terminantur. Et hoc licet quidam praedictorum spectabilium iudicum iure concesso, ut sacri iudices, appellationes acceperint. (§. 1) Quod si a duce fuerit appellatum, si idem et Praeses sit, Praefectura necessario tantum iure ordinario in sacro auditorio iudicabit. (§. 2) In his autem omnibus iudiciis, quae consultationum introduximus locō, vel apostolos, vel ea quae apud eum gesta sunt, contra cuius sententiam dicitur appellatum, suscipere ab appellatoribus et cognitiones inducere apud viros

19) *L.* 7 C. *de adv.* 2. 7.

illustres praedictos iudices et ea, quae geruntur, excipere, scribere, scriptaque litigatoribus edere nostros epistolares praecipimus. . . . .

Das Gesetz unterscheidet zwischen solchen Rechtssachen, welche in der Vorinstanz durch den Spruch von *iudices illustres* oder *magnifici* und solchen, welche blos von einem *iudex spectabilis* entschieden worden waren. Beide Gattungen von Appellationssachen, welche bisher gleichmässig in den Formen des Consultationsverfahrens durchgeführt worden waren, sollten in Zukunft vor dem kaiserlichen Berufungsgericht auf verschiedene Art verhandelt und erledigt werden.

Was zuvörderst die Processe betrifft, welche von den *iudices illustres et magnifici* an das kaiserliche Tribunal gelangten, so sollten die bisher üblichen Formen auch ferner beobachtet werden. Solche Berufungssachen sollten daher nach dem Gesetze Theodosius' und Valentinian's *per consultationem* instruirt und von dem Kaiser in eigener Person entschieden werden. Da in dem Verfahren *per consultationem* zufolge des oben angeführten Gesetzes neue Thatsachen und Beweismittel nicht vorgeführt werden durften, so war dadurch unsere Rechtswohlthat bei allen Appellationen gegen Urtheile der *iudices illustres et magnifici* nach dem ursprünglichen Sinne der L. 32 §. 5 cit. von selbst ausgeschlossen, während diese Stelle als Theil der Justinianischen Compilation im entgegengesetzten Sinne gedeutet werden muss, weil der Vorgänger Justinian's, wie sich unten ergeben wird, auch in dem Verfahren *per consultationem* die Vorführung neuen Beweisstoffes in fast unbegrenztem Maasse gestattet hat.

Wie verhält es sich aber mit der Zulässigkeit unserer Rechtswohlthat bei Berufungen gegen solche Urtheile, welche in der Vorinstanz von einem *iudex spectabilis* geschöpft worden waren? Auch hier ist festzuhalten, dass nach dem ursprünglichen Sinne der L. 32 cit. für die Beantwortung dieser Frage die Form des Berufungsverfahrens entscheidend ist; soweit die Appellationsverhandlung sich in den Formen des classischen Appellationsver-

fahrens bewegt, wird die Benützung von neuen Thatsachen und Beweismitteln zulässig, im entgegengesetzten Falle dagegen, wenn die Berufungsverhandlung sich im Consultationsverfahren vollzieht, wird dieselbe ausgeschlossen sein. Zunächst ist also die Frage zu beantworten: In welcher der beiden Formen des Berufungsverfahrens wurden die Appellationen gegen Urtheile der *iudices spectabiles* vor dem kaiserlichen Berufungsgerichte verhandelt?

Ueber das Verfahren, welches bei Berufungen gegen Urtheile der *iudices spectabiles* zu beobachten ist, drücken sich nun die beiden Kaiser im §. 2 des Gesetzes in folgender Weise aus:

In his autem omnibus iudiciis, quae consultationum introduximus loco, vel apostolos, vel ea, quae apud eum gesta sunt, contra cuius sententiam dicitur appellatum, suscipere ab appellatoribus et cognitiones inducere apud viros illustres praedictos iudices et ea, quae geruntur, excipere, scribere scriptaque litigatoribus edere nostros epistolares praecipimus.

Aus dieser Stelle im Zusammenhang mit dem pr. haben einzelne Schriftsteller den Schluss gezogen, dass von Theodosius und Valentinian bei Appellationen gegen Urtheile der *iudices spectabiles* das Berufungsverfahren der classischen Periode in durchgreifender und ausschliessender Weise wieder hergestellt worden sei.[20] Dieser Ansicht kann ich jedoch nur mit einer Modification beistimmen. Augenscheinlich wird in dem Gesetze dem Appellanten die Wahl anheimgestellt, entweder die Apostel oder aber den Bericht über die Verhandlung vor dem ersten Richter zu verlangen *(vel apostolos vel ea, quae apud eum gesta sunt, contra cuius sententiam dicitur appellatum);* jenes, um das classische Appellationsverfahren, dieses ohne Zweifel, um das Con-

[20]) Bethmann-Hollweg, Civilprocess III, S. 334—335, welcher im Widerspruche mit den im Texte angeführten Quellenzeugnissen annimmt, dass die Berufung gegen Urtheile der *iudices spectabiles* ausschliesslich in den Formen des classischen Appellationsverfahrens durchgeführt worden sei. Vgl. die folgende Note.

sultationsverfahren einleiten zu können. Der Appellant hatte also das Recht, gegen Urtheile der *iudices spectabiles* entweder das Rechtsmittel der Appellation oder jenes der Consultation zu ergreifen, von welchen beide den Parteien eigenthümliche Vortheile boten. Für diese Auffassung spricht ausser den soeben angeführten Worten des Gesetzes noch der weitere Umstand, dass dem kaiserlichen Bureaupersonal *(epistolares)* verordnet wird, den Inhalt der Berufungsverhandlung zu protokolliren und den Parteien von Amtswegen eine Abschrift dieser Protokolle auszuhändigen, was nur dann als zweckmässig und erspriesslich gedacht werden kann, wenn beide Parteien, wie das im Consultationsverfahren wohl immer der Fall war[21]), den richterlichen Debatten ferne blieben und in Folge dessen ein gerechtfertigtes Interesse hatten, die nähere Begründung der richterlichen Sentenz in der vorhergehenden Discussion zu erfahren, wie denn auch die Protokollirung der richterlichen Debatten *(cognitionalia certamina)* an anderen Orten (L. 37. L. 38 eod.) nur bei solchen Berufungsverhandlungen erwähnt wird, wo ganz unzweifelhaft nicht das Appellations-, sondern das Consultationsverfahren stattfand. Ein wichtiger Beleg für jene Ansicht ist endlich, dass Justinian in seiner Instruction für den Prätor von Paphlagonien, dem er gleichfalls die Würde der Spectabilität verlieh, ausdrücklich verordnete, dass die Appellationen gegen die Urtheilssprüche des paphlagonischen Prätors von der L. 32 pr. cit. erwähnten Commission im Consultationsverfahren erledigt werden sollen. Folgendes ist der Wortlaut dieser wichtigen Stelle:

[21]) Die L. 34 C. *de appell.* 7. 62 steht der im Texte verfochtenen Ansicht nicht entgegen, weil sich dieselbe einestheils nur auf Consultationen vor dem Urtheile bezieht, welche nach justinianischem Rechte wieder zulässig sind (unten S. 41), und andererseits die Parteien nach dieser Verordnung augenscheinlich nur bei der Verlesung des vom unteren Richter erstatteten Berichtes, nicht aber bei der weiteren Verhandlung zugegen sein dürfen.

Nov. 29 cap. 5.

Kαὶ οὕτως αὐτῷ σεμνὴν τὴν ἀρχὴν πεποιήκαμεν, ὥστε καὶ τὰς ἐκκλήτους τὰς αὐτῷ δικάζοντι διδομένας πρός τε τὴν σὴν ὑπεροχὴν καὶ τοὺς κατὰ καιρὸν τὴν αὐτὴν παραληψομένους ἀρχήν, πρός τε τὸν πανεύφημον κοιαίστωρα τοῦ θείου ἡμῶν παλατίου, οἵπερ κατὰ τάξιν κονσουλτατίωνος αὐτῶν ἀκροάσονται, τὰς δε ἐλάττους τῶν πεντακοσίων νομισμάτων δίκας τὰς κατὰ τὴν ἐπαρχίαν τὴν αὐτοῦ κινουμένας παρά τισιν ἑτέροις σπεκταβιλίοις, εἰ καὶ ἐκ παραπομπῆς εἶεν, ὅταν ἐφέσιμοι γένωνται πρὸς ἑαυτὸν ἄγειν ἐν τῇ τοῦ θείου δικαστηρίου τάξει . . . .

Atque ita honoratum illius magistratum effecimus, ut appellationes apud ipsum, quum iudicat, interpositas et ad excellentiam tuam et eos, qui quovis tempore eundem magistratum suscepturi atque celeberrimum quaestorem sacri nostri palatii, qui secundum ordinem consultationis eos audient, lites autem quingentis aureis minores apud quosdam spectabiles, licet ex delegatione sint, motas quum appellatur, ad se deducat in sacri iudicii forma . . . .

Eine völlig analoge Bestimmung hat Justinian für den Moderator von Helenopontus in Nov. 28 cap. 8 und für den Proconsul von Cappadocien in Nov. 30 cap. 10 getroffen und in den übrigen um dieselbe Zeit erflossenen Instructionen für eine Reihe von Provinzialvorständen (Nov. 26 cap. 5, Nov. 27 cap. 2) ist wenigstens ein ähnliches Verhältniss angedeutet.[22]) Gewiss aber hätte Justinian in jenen Gesetzen

[22]) Der Präses von Paphlagonien, dem durch die Nov. 29 der Rang der Spectabilität verliehen wird, untersteht nach der *Notitia dignitatum in partibus orientis* cap. 22 (ed. Böcking S. 62) dem Vicarius der *dioecesis Pontica* und gehört der dritten Rangclasse der *clarissimi* an. Ebenso die übrigen Provinzialvorstände, für welche in den Nov. 24—30 Instructionen erlassen werden, nämlich die Provinzialstatthalter von Lycaonien und Pisidien, welche dem Vicarius der *dioecesis Asiana* unterstehen (*Not. dign.* cap. 22 pag. 60, ed. Böcking) und die Provinzialvorstände von Cappadocien, Helenopontus und Armenien, deren Provinzen ebenso wie Paphlagonien Theile der *dioecesis Pontica* bilden. (*Notitia dign.* cap. 23 p. 62, ed. Böcking.) Die Vicarien der beiden genannten Diöcesen geniessen ebenso wie alle übrigen Functionäre dieser Art schon nach der Not. dign. den Rang der Spectabilität.

für die Appellationen aus einzelnen Theilen der Monarchie die Consultatio nicht als ausschliessliche Form der Berufung eingeführt, wenn sie bei der Appellation gegen Urtheile der *spectabiles* nicht schon vorlängst wenigstens in electiver Concurrenz mit dem classischen Appellationsverfahren gegolten hätte.[23])

Wie verhält sich nun diese Befugniss der streitenden Parteien zur Wahl des Berufungsverfahrens zu ihrer Berechtigung, in der oberen Instanz Neuerungen vorzubringen? Ohne Zweifel wurden in dieser Beziehung, mochten die Parteien nun bei der Berufung gegen Urtheile der *spectabiles iudices* das Consultationsverfahren oder das Appellationsverfahren wählen, die der gewählten Processart entsprechenden Grundsätze zur Anwendung gebracht. Verlangte also der Appellant Apostel, um das classische Appellationsverfahren einleiten zu können, so war die Vorführung von Neuerungen im kaiserlichen Appellhofe gewiss gestattet, schon deshalb, weil der Inhalt der Apostel zu einer genauen Begränzung der

[23]) Aus der Nov. 25 cap. 5 §. 3 könnte man sogar schliessen, dass bei Berufungen gegen Urtheile der *iudices spectabiles* nur das Consultationsverfahren angewendet worden ist. Dies Gesetz sagt nämlich: Καὶ τάς γε ἐφέσεις τὰς κατὰ τῶν ἀποκρίσεων αὐτοῦ γινομένας ἐξετάσουσιν ἐνταυθοῖ, κατὰ τὸ πάλαι κεκρατηκὸς ἐπὶ τῶν περιβλέπτων ἀρχόντων, οἵτε ἐνδοξότατοι τῶν ἱερῶν ἡμῶν πραιτωρίων ὕπαρχοι, ὅτε ἐνδοξότατος κοαίστωρ (τοῦτο τὸ ἄνωθεν παραδεδομένον). *De appellationibus quoque, quae contra responsa eius interponuntur, ex more, qui diu in spectabilibus magistratibus obtinuit, cognoscent tum gloriosissimi sacro nostro praetorio praefecti, tum etiam gloriosissimus quaestor, uti a maioribus traditum est* . . . . Das in dieser Novelle erwähnte, althergebrachte Verfahren, welches auch in Zukunft beobachtet werden soll, ist aber eben das Consultationsverfahren, wie aus den im Texte angeführten Novellen, welche dasselbe ausdrücklich vorschreiben, vollkommen klar hervorgeht. Wahrscheinlich verhält sich die Sache so, dass zwar den Parteien von Rechtswegen die Wahl zwischen dem Appellations- und Consultationsverfahren freistand, dass dieselben aber, um eben die Kosten eines mündlichen Plaidoyers vor dem kaiserlichen Gericht zu vermeiden, regelmässig das Letztere wählten, ähnlich wie sich die Parteien im Cassationsverfahren sehr häufig mit der Ueberreichung von Beschwerdeschriften begnügen, ohne auf dem mündlichen Plaidoyer vor dem Cassationsgericht zu bestehen.

Berufungsverhandlung wohl nicht selten zu dürftig war und das vor der ersten Instanz erwachsene Material im Appellationsverfahren dem Oberrichter — wenn man von dem in den Aposteln enthaltenen Berichte absieht — vielleicht gar nicht zur Kenntniss kam. Im Consultationsverfahren war dagegen die Benützung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der oberen Instanz gewiss ausgeschlossen und es muss daher die fortdauernde Geltung der L. 11. pr. C. Th. *de app.* 11. 30. auch in Ansehung der von *iudices spectabiles* geschöpften Urtheile behauptet werden.

Das Resultat dieser Untersuchung ist folgendes: In der Zeit von Erlassung der L. 32 cit. bis auf Justinus war die Vorführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in dem kaiserlichen Berufungsgerichte regelmässig ausgeschlossen. Bei Appellationen gegen die Urtheile der *iudices illustres ac magnifici* war diese Ausschliessung ausnahmslose Regel; bei Berufungen gegen die Entscheidungen der *iudices spectabiles* konnte der Appellant entweder das Verfahren *per consultationem* wählen, in welchem Falle unsere Rechtswohlthat nicht zur Anwendung kam, oder das classische Appellationsverfahren, in dem dann die Vorführung neuen Beweisstoffes vor dem kaiserlichen Tribunal beiden Parteien offen stand.

Der Rechtszustand, welcher auf der L. 32 cit. beruht, ist augenscheinlich eine partielle Rückkehr zu den Principien, welche das classische Appellationsverfahren in den ersten drei Jahrhunderten unserer Zeitrechnung beherrschen. Vollendet wurde diese Reaction durch ein Gesetz von Justinus, welches den streitenden Parteien auch im Consultationsverfahren die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel in ihren Gegenschriften ohne jede wirksame Beschränkung gestattet. Dieses wichtige Gesetz lautet folgendermassen:

L. 4 C. J. *de temp. et reparat.* 7. 63.

Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in *e x e r c e n d i s   c o n s u l t a t i o n i b u s* *tam appellatori quam*

adversae parti novis etiam assertionibus utendi vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent sed ex illis oriuntur et illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione praeberi poterunt id quoque eos admittere quo excercitatis iam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine (a. 520).

Das vorstehende Gesetz bezieht sich auf Consultationen, welche an den Kaiser gegen Urtheile des unteren Richters gerichtet wurden, also auf den Fall, der nach dem Zwecke dieser Abhandlung hier allein in Betracht kommt. Dagegen gehört nicht unmittelbar hieher eine Stelle, welche gewöhnlich in der Lehre von der Appellation gegen Urtheile angeführt zu werden pflegt:

L. 37 C. *de appellat.* 7. 62.

In offerendis provocationibus, ex quibus consultationum more negotium in sacrum nostrum palatium introduci solebat, hoc addendum esse censemus . . . . Novas etiam adsertiones a partibus apud eundem vel eosdem iudices addi, ad exemplum consultationis ad sacrum nostrum palatium introducendae permittimus.

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, dass sich dieses Gesetz gleichfalls auf Consultationen gegen die Entscheidungen des unteren Richters bezieht. Dennoch ist es unzweifelhaft, dass die citirte Verordnung Justinian's blos solche Consultationen zum Gegenstande hat, welche der erste Richter an den kaiserlichen Hof noch vor der Entscheidung in der Absicht richtet, um die Meinung des Kaisers seinem Urtheile zu Grunde zu legen. [24]) Das Ver-

---

[24]) Der im Text verfochtenen Auffassung der L. 37 cit. könnte man die Worte: *In offerendis provocationibus . . . . . . hoc addendum esse censemus* entgegensetzen, welche auf Berufungen gegen Endurtheile, nicht aber auf Consultationen des Richters vor der Endentscheidung hinzuweisen scheinen. Allein die *duo magnifici iudices*, deren die L. 37 cit. erwähnt, sind gewiss die in der L. 34 eod. erwähnten *duo magnifici viri vel Patricii vel Consulares vel Praefectorii*, nicht aber die ganz verschie-

bot solcher Consultationen, welches in der L. 55 C. Th. cit. ausgesprochen erscheint, besteht nach dem Rechte des justinianischen Codex nicht mehr, vielmehr ist in diesem das ältere Recht (L. 1 C. *de relat.* 7. 61) wieder hergestellt, wornach die Befragung des Kaisers vor erfolgter Entscheidung in das Ermessen des Richters gestellt ist. Für diese Gattung der Consultationen wurde von Justinian in der L. 34 C. *de app.* 7. 62 das Verfahren genauer vorgeschrieben und insbesondere verordnet, dass über derartige Anfragen der unteren Richter in einer Commission von zwei *magnifici iudices* unter Theilnahme des jeweiligen *Quaestor sacri palatii* entschieden werden solle. In der L. 37 cit. wurde die Zahl der Commissionsmitglieder für Rechtssachen von geringerem Werthe herabgesetzt und namentlich auch die Betheiligung des ohnedies vielbeschäftigten *Quaestor sacri palatii* auf eine verhältnissmässig geringere Anzahl von Fällen beschränkt. Wenn also der oben angeführte Endsatz der L. 37 cit. die Vorführung von neuem Beweisstoff in der höheren Instanz gestattet, so hat dieses lediglich die Bedeutung, dass das *Beneficium novorum* auch bei jener, dem römischen Rechte ausschliesslich eigenthümlichen Form der *consultatio* gelte, und es kann daher für unsere Frage aus der Gesetzesstelle keine unmittelbare Folgerung gezogen werden. Mittelbar liegt allerdings in der L. 37 cit. für die Zulässigkeit von Neuerungen in der höheren Instanz ein bekräftigendes Zeugniss, da jenes Gesetz sich ausdrücklich auf die Geltung der Rechtswohlthat auch bei der *Consultatio* gegen unterrichterliche Urtheile beruft[25]) und die völlig analoge Be-

---

denen Collegien, welche in L. 32 pr. §. 5 eod. zur Entscheidung über Berufungen gegen Endurtheile aufgestellt werden. Bei jenen Worten hat Justinian wahrscheinlich an den Fall gedacht, wo die Parteien vor der Endentscheidung (L. 36 eod.) die Vorlage der Rechtssache an den Kaiser verlangen und der Richter auf dieses Begehren einzugehen findet. Die L. 37 cit. ist übrigens, wie fast alle Constitutionen Justinian's, die sich auf das Appellationsverfahren beziehen, sehr unklar abgefasst.

[25]) Der Schlusssatz der L. 37 cit., welcher die Vorführung neuen Beweisstoffs *ad exemplum consultationis ad sacrum nostrum palatium in-*

handlung beider Abarten der *Consultatio* ohnedies seit den ältesten Zeiten ihrer Anwendung hergebracht war.

In Beziehung auf die Art und Weise, in welcher die Rechtswohlthat der Neuerungen im Consultationsverfahren vor dem kaiserlichen Appellhof praktisch zur Geltung kam, sind zwei Fragen von erheblicher Bedeutung. Zunächst die Frage, in welchem Umfange Neuerungen in dem Consultationsverfahren vorgeführt werden konnten. Unverkennbar will die L. 4 cit., die für das Consultationsverfahren gegen unterrichterliche Entscheidungen unser einziges Quellenzeugniss ist und auf welche sich in Ansehung der Detailbestimmungen auch die L. 37 cit. bezieht, die Benützung von neuem Beweismateriale in der Berufungsinstanz nur innerhalb gewisser Grenzen gestatten und es erhebt sich demnach die wichtige Frage, wie weit die Grenzen des neuen Vorbringens für diese Gattung des Consultationsverfahrens zu bestimmen sind. Dann ist es aber auch zweitens von Wichtigkeit, sich darüber klar zu werden, auf welche Weise der neue Beweisstoff, welchen die Parteien in ihren Widerlegungsschriften angeführt hatten, von dem kaiserlichen Berufungsgerichte praktisch benützt wurde. Denn das Consultationsverfahren in seiner ursprünglichen Anlage war augenscheinlich auf die Vorführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln überhaupt nicht berechnet, da in demselben das wichtigste Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes — nämlich die Erörterung der Thatsachen durch Rede und Gegenrede zwischen dem Richter und den Parteien — so ausserordentlich dürftig ausgebildet war. Die Beantwortung dieser beiden Fragen wird jedoch durch

---

troducendae gewährt, wird wohl am richtigsten so interpretirt, dass Justinian bei Consultationen vor dem Urtheile das neue thatsächliche Vorbringen in der Weise und in dem Umfange (*ad exemplum*) zulassen will, wie es der Kaiser Justinus in Ansehung der Consultationen nach geschöpfter Endentscheidung bereits in der L. 4 cit. zugelassen hatte. Der Schlusssatz der L. 37 ist daher ein weiterer Beleg dafür, dass sich dieses Gesetz nur auf Consultationen vor der Entscheidung bezieht.

die Beschaffenheit der Quellen erheblich erschwert, da die Justinianischen Rechtsbücher von dem Consultationsverfahren wie von so zahlreichen anderen processualischen Instituten nur ein dürftiges, in schwankenden Umrissen gehaltenes Bild gewähren.

Was zunächst den Umfang des neuen Beweismaterials betrifft, dessen Vorführung nach der L. 4 C. *de tempor. appell.* 7. 63 im Consultationsverfahren zulässig sein soll, so scheint Justinus mit diesem Gesetze nicht sowohl eine festabgegrenzte Gruppe von zulässigen Neuerungen bestimmt, als vielmehr die Zulassung des neuen Beweisstoffs in das Ermessen des Berufungsrichters gelegt zu haben. Justinus unterscheidet in dem Gesetze zwei Möglichkeiten, nämlich erstens den Fall, dass eine thatsächliche Behauptung in der ersten Instanz nicht aufgestellt und in Folge dessen auch nicht erwiesen wurde, zweitens, dass eine Thatsache in erster Instanz zwar allegirt, aber nicht durch die erforderlichen Beweise hinlänglich bekräftigt worden ist. Die Vorführung von neuen Thatsachen und Exceptionen der ersten Art gestattet der Richter nur insofern, als sie *non ad novum capitulum pertinent sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae.* Thatsachen dagegen, welche in erster Instanz zwar behauptet, aber nicht mit Beweisen versehen wurden, dürfen vor dem Berufungsrichter nur dann nachträglich erwiesen werden, wenn die Beweise *apud sacros cognitores sine procrastinatione praeberi poterunt.* Die Schriftsteller über unseren Gegenstand haben auf den verschiedensten Wegen versucht, aus beiden Einschränkungen, namentlich aber aus der ersteren, einen festen Begriff der in zweiter Instanz zulässigen Neuerungen zu bilden, ohne dass jedoch dieses Bestreben zu einem praktisch verwerthbaren Resultate geführt hat.[26]) Augenscheinlich will Justinus in den angeführten Worten für

---

[26]) Vgl. Spangenberg: Ueber das *beneficium non deducta deducendi et non probata probandi* im Archiv für civ. Praxis Bd. IX. S. 54. Linde's Handbuch Bd. IV, S. 485 u. A.

das richterliche Ermessen einen — übrigens sehr ungenügenden — Leitfaden geben, indem er ausspricht, dass gänzlich neue, in der Regel blos aus Chikane ausgeführte Thatsachen, dann langwierige, weitaussehende Beweise von dem Richter ausgeschlossen werden sollen. Im Uebrigen war gewiss Alles dem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen der hohen, über Consultationen erkennenden Beamten überlassen.

In welcher Weise wurden aber, wenn der Richter neue Thatsachen und Beweismittel zuzulassen befand, die ersteren von dem Berufungsgerichte benützt, die zweiten aber in der höheren Instanz aufgenommen? Fällte der Consultationsrichter auf Grund jener Thatsachen, wenn sie zugegeben wurden, sogleich selbst die Entscheidung und konnte er, wenn die neuen Thatsachen bestritten wurden, die Zeugen selbst vernehmen, die Eide selbst abschwören lassen und überhaupt die Beweisaufnahme selbst durchführen? Oder musste er den Rechtsfall an den unteren Richter zurückverweisen, damit dieser die Tragweite des neuen Factums für die Entscheidung ermesse und nöthigenfalls ein neues Urtheil fälle oder, falls die neue Thatsache vor der Berufungsinstanz bestritten worden wäre, deren Wahrheit durch die Beweisaufnahme feststelle? Ein ausdrückliches Zeugniss über die Art und Weise, wie im Consultationsverfahren in solchen Fällen vorgegangen wurde, fehlt m. W. in dem justinianischen Codex und es wurden deshalb in den kaiserlichen Gerichten wohl auch im Consultationsverfahren jene Bestimmungen beobachtet, welche das Gesetz Diocletian's (L. 6 §. 2 C. *de appell.* 7. 62) in Ansehung dieser Frage festgesetzt hat. Dieses Gesetz bestimmt aber, dass die obere Instanz, welche über die Berufung zu erkennen hat, auch die durch das neue Vorbringen nothwendig gemachten Beweisaufnahmen selbst durchführen soll.

Wir haben nunmehr die Entwicklung unserer Frage im römischen Processrecht in Ansehung des kaiserlichen Gerichtshofes bis auf die justinianischen Rechtsbücher herab-

geführt, also bis auf jene Gestaltung des römischen Rechtes, welche auf die neueren Zeiten und Völker unmittelbaren Einfluss geübt hat. Hiebei ergab sich, dass unsere Rechtswohlthat ursprünglich in dem kaiserlichen Gerichtshofe wie in allen anderen Appellhöfen des römischen Reiches in unbeschränktem Masse zugelassen wurde, dass die Geltung des *beneficium novorum* in dem kaiserlichen Tribunal später (seit Constantin) erheblichen Einschränkungen unterlag, bis Justinus den ursprünglichen Rechtszustand auch im kaiserlichen Berufungsgerichte wiederherstellte. Es erübrigt daher jetzt nur die Beantwortung der Frage: Welches war das Schicksal unserer Rechtswohlthat in den zahlreichen Berufungsgerichten, welche im römischen Reiche neben dem kaiserlichen Gerichtshof bestanden?

Dieser Theil der Appellationsgerichtsbarkeit muss von ausserordentlichem Umfang gewesen sein und die Gestaltung des Verfahrens in allen diesen Fällen war deshalb gewiss für den allgemeinen Charakter des Processes von grösserem Belange als die Einrichtungen des kaiserlichen Berufungsgerichtes, wenngleich dieses durch das Gewicht seiner Entscheidungen, dann durch die Bedeutung der Rechtsfälle, welche vor demselben zur Verhandlung kamen, ohne Zweifel jedes einzelne der übrigen noch vorhandenen Appellationsgerichte überragte. Ich erinnere hier nur an die Befugniss der zahlreichen Provinzialstatthalter, über Appellationen gegen Urtheile, welche Municipalgerichte und Defensoren in ihrem so ausserordentlich weiten Wirkungskreise geschöpft hatten, in zweiter Instanz zu entscheiden[27]); ferner

---

[27]) Die Berufung gegen die Urtheile der Municipalgerichte und der Defensoren geht immer an die Provinzialstatthalter, nicht an den Kaiser oder seinen Stellvertreter. L. 3. C. Th. *de repar. app.* 11 31 . . . . *Quoties vero a magistratibus pedaneisque iudicibus dicta sententia appellatione suspenditur, super qua desceptatio non auditorii sacri, sed ordinariorum iudicum* (der Provinzialstatthalter) *cognitione tractanda est* . . . . . Nov. 15 cap. 5 pr. Καὶ μὴν καὶ τὰς παρὰ τῶν ἐκδίκων ἐκκλήτους ἐπ' αὐτοὺς φέρεσθαι τοὺς ἄρχοντας. *Ad haec appellationes a defensoribus ad ipsos präsides deferantur.* Nach Justinianischem Recht erkennen die Defensoren

an die Appellationsgerichtsbarkeit, welche die Vicarien [28]) und Präfecten [29]) in Ansehung der von den Provinzialstatthaltern in I. oder II. Instanz gefällten Entscheidungen übten; endlich an die Appellationen, welche gegen Urtheile

in allen Sachen bis zu einem Betrag von 50 Solidi (L. 1. C. de defens. civ. 1.55), nach dem Novellenrecht (Nov. 15 cap. 3 §. 2, cap. 4) sogar bis zu einer Höhe von 300 solidi, welche Beträge nach Mommsen das römische Münzwesen S. 900 rund 200 resp. 1200 Thalern heutigen Geldes gleichkommen. Der Wirkungskreis der Municipalgerichte ist in der Justinianischen Gesetzsammlung nicht bestimmt, dürfte aber jenem der Defensoren gleichgekommen sein. Erwägt man nun, dass nach einem statistischem Ausweise (Kaserer, Das Bagatellverfahren 1873, S. 46) in den industriell ziemlich entwickelten deutsch-österreichischen Ländern $^3/_4$ der Streitsachen Beträge unter 25 fl. ö. W. ($16^2/_3$ Thlr.) zum Gegenstande haben, so lässt sich leicht ermessen, dass nur ein ganz geringer Theil der Civilsachen in I. Instanz vor das Tribunal des Provinzialvorstandes gelangte, während der weit überwiegende Theil von den Municipalgerichten und Defensoren in erster Instanz, dann im Falle der Berufung von den Provinzialstatthaltern in zweiter Instanz entschieden wurde.

[28]) Der Wirkungskreis der Vicarien ist, wie überhaupt das ganze Competenzwesen, in dem Theodosischen und im Justinianischen Codex nicht vollständig deutlich abgegrenzt. Am bestimmtesten spricht sich die L. 16 C. Th. *de app.* 11. 30 aus, deren Anfang klar zu erkennen gibt, dass die daselbst genannten *iudices spectabiles (proconsules, comites, qui vice praefectorum cognoscunt = vicarii)* theils in erster Instanz, theils als Appellrichter *(ex appellatione)*, also offenbar über Appellationen gegen Urtheile der Provinzialvorstände entschieden. Ebenso preist auch Justinian (Nov. 23 cap. 3) die ältere Gerichtspraxis, weil dieselbe den Unterschied zwischen hohen, mittleren und niederen Magistraten wohl beachtet habe *et appellationes a minoribus iudicibus non solum ad maximos iudices remitterentur, sed ad spectabilium iudicum tribunal, quatenus et ipsi sacro auditorio adhibito litem exercerent* . . . . Nach der Nov. 23 cap. 3 sollen die *iudices spectabiles*, darunter also auch die Vicarien, über Berufungen gegen die Urtheile der Provinzialsatthalter bis zu einem Betrage von 10 Pfund Goldes in letzter Instanz, darüber hinaus unter Vorbehalt weiterer Berufung erkennen.

[29]) L. 32 pr. C. *de app.* 7. 62 . . . . *eo ordine, ea observatione iisdemque temporibus, quibus ceterae quoque lites fatali die post appellationem in sacris auditoriis (sc. praefectorum pr.) terminantur* . . . . L. 27 C. Th. eodem 11. 30.

der *Judices minores* an den *Praefectus urbi* in Rom und Constantinopel gerichtet wurden.[30])

Wie verhält es sich nun mit unserer Rechtswohlthat in diesen Fällen, welche gewiss die weit überwiegende Anzahl aller Appellationssachen ausmachten? Ist in dem Berufungsverfahren, soweit sich dieses vor einem anderen als dem kaiserlichen Gerichtshofe vollzieht, die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel zugelassen oder ausgeschlossen? Hier ist nun zunächst hervorzuheben, dass das oben angeführte Gesetz Diocletian's (L. 6 C. J. *de app.*) sich nach seinem Wortlaut auf alle Appellationsfälle, folglich auch auf die ausserhalb des kaiserlichen Gerichtshofes stattfindenden Berufungsverhandlungen bezog. Für die Zeit Diocletian's und die ihm vorangehende Epoche kann demnach die unbeschränkte Geltung unserer Rechtswohlthat in den nicht kaiserlichen Berufungsgerichten keinem Zweifel unterliegen. Von den späteren Kaisern wurde aber an diesem Zustande keine Veränderung vorgenommen, da sich alle oben angeführten Gesetze lediglich auf das kaiserliche Tribunal beziehen[31]), und es lassen sich deshalb die oben aufgestellten Fragen so beantworten, dass die Vorführung neuen Beweisstoffes in den römischen Berufungsgerichten mit Ausnahme des kaiserlichen Gerichtshofs von der Entstehung des Rechtsmittels der Appellation bis zum Abschlusse der

---

[30]) L. 13 C. Th. *de appell.* 11. 30. *Imp. Constantinus ad Julianum Praefectum Urbis . . . . volumus, cum ab eorum (sc. iudicum inferioris gradus) sententiis fuerit provocatum, super ea quaestione interposita iudices esse disierunt, minime eos ad nostram referre clementiam, sed gravitatis tuae, cui nostram vicem commisimus, sacrum auditorium expectari.* L. 67 C. Th. eod. *Si appellationem oblatam, in qua . . . urbanae praefecturae sacrum auditorium postulatur . . . .* Ebenso L. 38. pr. D. *de min.* 4. 4, L. 17 C. J. *de app.*, L. 18. C. Th. eod. cl. L. 49. eod.

[31]) L. 11 C. Th. *de app.* 11. 30. . . . . . *stabit ratum ac fidele, quod iudicia nostra rescripserint neque ullus querimoniae locus dabitur nec occasio supplicandi, ut convelli labefactarique iubeamus, quae ad relationem eius sanximus, qui neque vera neque universa suggesit . . . .*

römischen Rechtsentwicklung ununterbrochen in unbeschränktem Masse zulässig war.[32])

Fassen wir das Resultat dieser Untersuchung in kurzen Worten zusammen, so lässt sich nicht verkennen, dass das römische Berufungsverfahren im Allgemeinen von dem Principe der unbeschränkten Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen beherrscht wird. Auf einem weiten Gebiete des Berufungsverfahrens, nämlich in Ansehung der nichtkaiserlichen Berufungsgerichte hat das römische Recht dieses Princip durch allen Wechsel der Zeiten und Verhältnisse mit Consequenz festgehalten. Auch im kaiserlichen Berufungsgerichte wird jener Grundsatz im Anfange und am Ende der römischen Rechtsentwicklung anerkannt und gehandhabt; in der Zwischenzeit erscheint dagegen die Vorführung von neuem Beweisstoff bei Appellationen gegen die Urtheile der höchsten Gerichte in dem kaiserlichen Tribunale ausgeschlossen, augenscheinlich deshalb, weil jene höchsten Gerichte für die Richtigkeit ihrer factischen Feststellungen volle Gewähr zu bieten schienen. Wir werden diesem Gedanken, welcher eine über die Grenzen der römischen Rechtsentwicklung hinausragende Bedeutung besitzt, bei der Darstellung des neuesten processualischen Gesetzeswerkes, nämlich des Entwurfes einer deutschen Civilprocessordnung, wieder begegnen.

---

[32]) Nicht entgegen steht wohl die nachfolgende Verordnung, welche die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius, wie aus den L. 5 C. Th. *de cognit.* 2. 12, L. un. C. Th. *de Carbon.* ed. 4. 3 und L. 9. C. Th. *de liberal. causa* 4. 8 hervorgeht, an den *Praefectus praetorio* Rufinus richten: L. 52 C. Th. *de app.* 11. 30 (a. 393). *Nihil sub sacri auditorii* (*sc. praefecti praetorio*) *examine de ea parte negotii debet definiri, de qua nihil in exordio apud praesidem aut institutum fuerit ac probatum.* Denn diese Constitution hat augenscheinlich nur den Sinn, dass der *Präfectus praetorio* nicht über solche Ansprüche erkennen *(definire)* darf, welche bei dem ersten Richter überhaupt nicht geltend gemacht *(institutum ac probatum)* worden waren.

§. 3.

Fortbildung des römischen Rechtes in der Gesetzgebung des Mittelalters und der neueren Zeit.

Die Principien des römischen Rechtes über unsere Frage, wie sie von Justinian in seinen Rechtsbüchern festgestellt wurden, haben auf die spätere Rechtsbildung bis in die neueste Zeit den durchgreifendsten Einfluss ausgeübt. Unter der Einwirkung des römischen Rechtes wurde die unbeschränkte Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen von dem canonischen Rechte, den deutschen Reichsgesetzen und den meisten deutschen Particularprocessordnungen bis in die Mitte dieses Jahrhunderts mit geringfügigen Modificationen anerkannt. Erst in den neuesten deutschen Processgesetzen wird der Einfluss des römischen Rechtes durch jenen des französischen Processes verdrängt, welcher letztere aber in Ansehung unserer Frage gleichfalls blos als eine Fortbildung des römischen Rechtes anzusehen ist. Diesem historischen Entwicklungsgange gemäss sollen die Vorschriften des canonischen Rechtes, dann jene der deutschen Reichs- und Particularprocessordnungen hier im Zusammenhange dargestellt werden, während die im Wesentlichen übereinstimmenden Lösungen, welche unsere Frage in dem neuesten deutschen Processrecht gefunden, der Erörterung des französischen Rechtes anhangsweise beigefügt werden sollen.

Was zuvörderst das canonische Recht betrifft, so wirkten nebst den allgemeinen Beziehungen des römischen und kirchlichen Rechtes auch noch zahlreiche besondere Momente mit, um den Uebergang der römischen Principien in die päpstliche Gesetzgebung zu erleichtern. Das intensive Streben nach Erweiterung der kirchlichen Herrschaft, welches das Wirken der römischen Curie seit den ältesten

Zeiten eigenthümlich kennzeichnet, liess sich von vornherein nicht gut mit einer Einrichtung des kirchlichen Verfahrens vereinen, welche die Thätigkeit des päpstlichen Tribunals in Folge der Verhandlungen vor dem ersten Richter einer erheblichen Einschränkung unterwarf. Ueberdies wurde den Parteien schon sehr früh gestattet, in jedem Stadium der Processverhandlung, auch vor der Anerbietung und Aufnahme der Beweise, an den Papst zu appelliren und dadurch dessen Cognition an die Stelle jener des ordentlichen Richters zu setzen.[1] Dass eine Einschränkung der Parteien in ihrem thatsächlichen Vorbringen, mit welchem sie häufig noch gar nicht gehört worden waren, bei solchen Berufungen entschieden undurchführbar war, lag auf der Hand und musste auch auf die Behandlung solcher Fälle, wo die Berufung erst nach Schöpfung des Endurtheils, also nach vollständiger Erörterung des Sachverhaltes eingelegt worden war, einen ausgleichenden Einfluss ausüben. Alles dies bewirkte denn auch, dass die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens selbst in dem höchsten kirchlichen Gerichtshof von der canonischen Gesetzgebung seit den ältesten Zeiten ununterbrochen anerkannt worden ist.

Das älteste kirchliche Gesetz, welches unserer Frage Erwähnung thut, ist ein Schluss des Concils von Sardica, das im Jahre 343 oder 344 abgehalten wurde. Diese Stelle, welche

---

[1]) Die Zulässigkeit der Appellation gegen Interlocute jeder Art wird von dem canonischen Recht im Gegensatz gegen das römische Recht (L. 36 C. *de appell.* 7. 62) seit den ältesten Zeiten anerkannt, c. 18. c. 21 C. II, qu. 6, C. 12. X. *de appell.* 2. 28, welches letztere Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass die Appellation auch vor der Litiscontestation, also vor der meritorischen Streitverhandlung eingelegt werden könne. Ob nach dem älteren Kirchenrecht der Berufungsrichter die ganze weitere Processverhandlung auch in dem Falle durchführte, wenn er das unterrichterliche Interlocut bestätigte, scheint mir zweifelhaft; doch möchte ich diese Frage mit Rücksicht auf den Wortlaut des C. 59 X. *de app.* 2. 28 bejahen, da dieses Gesetz die Rückverweisung des Rechtsfalles an den Unterrichter im Falle der Bestätigung des Interlocuts augenscheinlich als eine neue Anordnung auffasst. Vgl. auch C. 61 *in fin.* eod.

in das Decret c. 36 C. II q. 6 aufgenommen ist, lautet folgendermassen:

„Si quis episcopus accusatus fuerit et iudicaverint congregati episcopi regionis ipsius et de gradu suo eum deiecerint, si appellaverit et confugerit ad beatissimum Romanae ecclesiae episcopum et voluerit se audiri, si iustum putaverit (sc. Romanae eccl. episcopus), ut revocetur vel renovetur examen, scribere episcopis dignetur his, qui in finitima et propinqua provincia sunt ut ipsi diligenter omnia requirant et iuxta fidem veritatis definiant.“ ....

Nach dieser Stelle kann also ein Bischof, welcher von den Bischöfen der benachbarten Gebiete [2]) verurtheilt und seiner Stelle entsetzt wurde, an den römischen Papst appelliren. Dieser hat das Recht, eine neuerliche Untersuchung der Sache anzuordnen, welche entweder wieder durch die früheren Bischöfe oder (nach dem weiteren Inhalte der Stelle) durch Abgesandte des Papstes zu erfolgen und sich auf das gesammte thatsächliche Material *(diligenter requirant omnia)* zu erstrecken hat. Für das kirchliche Strafverfahren ist also die Geltung unserer Rechtswohlthat in dieser Stelle ausdrücklich anerkannt und auch in Ansehung des Civilprocesses, soweit dieser damals und später von der Kirche gehandhabt wurde [3]), kann wohl bei den nahen Beziehungen des kirchlichen Straf-, Administrativ- und Civilverfahrens unbedenklich ein Gleiches geschlossen werden.

Ein weiteres Zeugniss für die Geltung unserer Rechtswohlthat in dem kirchlichen Verfahren ist ein Auszug aus der Novelle 49 c. 1, welchen Gratian in das Decret aufgenommen hat. Bekanntlich hat Justinian in einem Gesetze [4]) zur Verhütung von Verzögerungen bestimmt,

---

[2]) Vgl. Böhmer in seiner Ausgabe des *Corpus juris can.* ad c. 36 C. II qu. 6. Note 30.

[3]) S. Philipps, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 175.

[4]) L. 5 §. 4 C. *de temp. et repar. appell.* 7. 63 ..... *censemus, ut si quis fatali die apud appellationis iudicem introductus, sive ex parte una sive cognitionaliter causae appellationis imponat exordium, deinde relicta*

dass die appellirende Partei, welche die Appellation in dem Berufungsgerichte bereits eingeführt und zu verhandeln begonnen, diese Verhandlung nicht mehr fallen lassen dürfe, weil sonst die in der ersten Instanz siegreiche Partei weder die Execution ansuchen noch auch ohne Schwierigkeiten *(non facile)* das Rechtsmittel einseitig verfolgen könne. Bleibt der Appellant dessenungeachtet nach Einführung der Berufung aus und überschreitet dieses Versäumniss die Dauer eines Jahres, so soll der sofortige Verlust des Rechtsmittels für den Appellanten die Folge sein, ohne dass die Berechtigung seiner Appellation von dem Berufungsrichter — etwa in einer mit dem Gegner der berufenden Partei einseitig vorgenommenen Verhandlung — noch weiter geprüft zu werden brauchte. Nur wenn der Appellant nachweisen kann, dass das erste Jahr ohne jedes Verschulden von seiner Seite unbenützt verflossen, wird ihm noch ein weiteres Jahr zur Durchführung der Appellationsverhandlung gewährt, dessen fruchtloser Ablauf aber dann auch die Desertion des Rechtsmittels unter allen Umständen herbeiführt. Mochte also der eine oder der andere Fall eintreten, so war der Verlust des Rechtsmittels und die Rechtswirksamkeit des angefochtenen Urtheils die unmittelbare Folge des blossen Ablaufs jener beiden Fristen, ohne dass der Obsieger in der ersten Instanz die Gerechtigkeit seiner Sache vor dem Berufungsgerichte auszuführen und die Zurück-

---

ea discedat et in desidia reliquum tempus permaneat et annale tempus post inchoatem litem praeterierit . . . . . iubemus eundem appellatorem, nisi observaverit iudicium et causam usque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quominus omnia litis certamina impleantur, appellatione defraudari et sententiam contra eum latam in suo robore durare et ad effectum perduci tanquam si ab initio minime fuerit provocatum; nisi ipse appellator evidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nisum voluisse litem exercere, per iudicem autem stetisse vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minime valuit. Tunc et enim aliud ei annale tempus indulgemus, quo effluente et lite minime finem accipiente, cadere eum de appellatorio iuramine disponimus . . . .

weisung der Appellation des Gegners zu verlangen genöthigt war.

Dieser Rechtszustand wurde von Justinian durch die Nov. 49, cap. 1, in einem wichtigen Punkte abgeändert. Jene Bestimmung, dass schon der Ablauf der beiden Fristen die Desertion des Rechtsmittels zur Folge haben und jede richterliche Prüfung und Verhandlung überflüssig machen sollte, involvirte doch nicht selten eine bedeutende Härte, da sich, insbesondere bei dem ungeheuren Umfang der Berufungssprengel im oströmischen Reiche, immerhin Verhältnisse ergeben konnten, welche dem Appellanten die Wiederaufnahme der begonnenen aber unterbrochenen Berufungsverhandlung auch innerhalb jener ziemlich weit ausgemessenen Fristen unmöglich machten. Um diese Uebelstände wenigstens theilweise zu beseitigen, verordnete nun Justinian in der Nov. 49, cap. 1, dass der Ablauf der Fristen fortan den Verlust des Rechtsmittels an sich nicht zur Folge haben solle, dass vielmehr der Gegner des Appellanten verpflichtet sei, am Ende der zwei Jahre die Sache in das Berufungsgericht selbst zu introduciren und vor diesem seine Rechte, sei es nun einseitig, sei es contradictorisch mit dem erschienenen Appellanten, auszuführen. Der Richter soll nach dem Gesetze Justinian's zu Gunsten derjenigen Partei entscheiden, welcher das Recht zur Seite steht, auch wenn der Appellant von der Verhandlung ungehorsam ausgeblieben ist. Nur insofern ist die Versäumung des Appellanten auch jetzt noch von Wichtigkeit, als der Berufungsrichter ihn in jedem Falle — selbst wenn er in seiner Abwesenheit gesiegt hat — in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen hat.

An sich enthält also die Nov. 49, cap. 1, deren wesentlicher Inhalt hier kurz angegeben wurde, augenscheinlich keine Bestimmung, welche auf unsere Frage bezogen werden könnte. Justinian verordnet zwar, dass der Gegner des Appellanten seine Rechte vor dem Berufungsrichter auszuführen (τὰ ἑαυτοῦ δίκαια φέρειν εἰς μέσον) habe;

allein es ist an dieser Stelle nicht gesagt, dass die Auseinandersetzung seiner Rechte auch mit neuen Thatsachen und Beweismitteln gestützt werden dürfe. In der Vulgatübersetzung ist jedoch jener Satz, offenbar ungenau, durch die lateinischen Worte *suas allegationes deducere ad medium* wiedergegeben, welche wohl am richtigsten so aufgefasst werden, dass der Gegner des Appellanten in der — einseitigen oder contradictorischen — Verhandlung vor dem Berufungsrichter alle seine Beweise vorzulegen hat, woraus sich von selbst die Folgerung ergibt, dass neue Thatsachen und Beweismittel in dem Berufungsverfahren zulässig sein müssen. In der Vulgatübersetzung erlangt also die Nov. 49, cap. 1 eine directe Beziehung auf unsere Frage, und diese Fassung ist in die *Auth. Ei qui appellat* ad L. 2 C *de temp. et repar.* 7. 63 und von da in den c. 41 *Causa II.* qu. 6 übergegangen.[5]) Diese letzte Stelle des Decretes kann demnach, obgleich ihre Beziehung zum *beneficium novorum* lediglich auf einem Irrthum des Verfassers der Vulgatübersetzung beruht, doch immerhin als ein weiteres Zeugniss für die Anerkennung unserer Rechtswohlthat im kirchlichen Rechte gelten.

Die unbeschränkte Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen wurde von dem canonischen Rechte auch in seinen späteren Entwicklungsstufen consequent festgehalten. Eine ausdrückliche Anerkennung jenes Grundsatzes ist zwar in den officiellen Sammlungen des canonischen Rechtes nirgends enthalten, da für die principielle Anerkennung unserer Rechtswohlthat schon in den römischen Rechtsbüchern hinlänglich vorge-

---

[5]) Der hieher gehörige Theil des c. 41 §. 1 C. II qu. 6, welcher mit der *Auth. Ei qui app. C. de temp. et rep. app.* 7. 63 wörtlich übereinstimmt, lautet folgendermassen: *Appellatore cessante, cum unus mensis superest ex biennio, licet victori ingredi, ut reus quaeratur, quo sive invento sive non, suas afferat allegationes et vel confirmetur vel rescindatur sententia, omni casu absente impensis condemnando, secundum tempora fatalium dierum. Neutro vero occurente post secundum fatalem permaneat sententia rata.*

sorgt war; allein die unveränderte Geltung der im römischen Rechte und im Decrete Gratian's anerkannten Grundsätze wird in mehreren Stellen der Decretalensammlungen deutlich vorausgesetzt. Folgende Stellen mögen als Beleg für diese Behauptung dienen:

C. 44 X. *de appell.* 2. 28. (Innocent. III.)

Saepe contingit, quod, cum ad nostram audientiam appellatur, propter defectum partis alterius neque per se neque per responsalem idoneum appellationem interpositam prosequentis vel forsitan ex malitia subsequentis responsalis mandatum occultantis, lites, quae de facili poterant terminari, remaneant indecisae: cum frequenter iuris quaestio moveatur, cuius apud nos probationes necessariae non existunt et interdum etiam facti quaestio de levi posset partibus praesentibus comprobari . . . .

C. 45 *eod.* (Innocent. III.)

Constitutus in praesentia nostra archidiaconus Clarem., nobis exposuit, quod Claremon. decanatu vacante quidam canonici vota sua in episcopum transtulerunt et episcopus cum quibusdam aliis expresse consentientibus in eundem archidiaconum ei contulit decanatum XI canonicis prius appellantibus, ne quis assumeretur praeter assensum omnium in decanum, cum electioni eius XXV tum per se tum episcopo medio consentirent. Cumque sancti Marcelli presbyter cardinalis apostol. sed. leg. per partes illas transitum faceret, non ut appellationi ad nos interpositae derogaret, sed ut instructam transmitteret ad nos causam . . . .

C. 1 *de appell.* 2. 15 in VI (Innocent. IV.)

. . . . Post hoc appellatori secundum locorum distantiam, personarum et negotii qualitatem tempore prosequutionis indulto si voluerit appellatus et petierit, principales personae per se et per procuratores instructos, cum mandato ad agendum et cum rationibus et munimentis ad causam spectantibus, accedant ad sedem apostolicam . . . .

In allen diesen Stellen, welche sich theils auf Appellationen in Streitsachen, theils auf Extrajudicial-Appellationen, ferner zum Theile auf Berufungen gegen Interlocute, zum Theile auf Berufungen gegen Endurtheile

beziehen, ist überall vorausgesetzt, dass die streitenden Parteien auch vor der höchsten kirchlichen Instanz — dem Papste oder den von ihm delegirten Richtern — noch neue Thatsachen und Beweismittel vorführen können, dass folglich die Verhandlung vor dem kirchlichen Berufungsgerichte ein völlig neues Judicium ist, welches auf Seite des Richters eine abermalige Instruction der Sache in thatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung nothwendig machen kann. Damit ist die fortdauernde Anerkennung unserer Rechtswohlthat in dem päpstlichen Rechte erwiesen, welches Resultat sich übrigens schon daraus ergeben würde, dass die Decretalensammlungen, welche die subsidiäre Geltung des römischen Appellationsverfahrens an zahlreichen Stellen ausdrücklich oder stillschweigend voraussetzen, eine Aufhebung der römischen Grundsätze über unsere Frage nirgends erwähnen.

Erwägt man nun die Bestimmungen des canonischen Rechtes über das Appellationsverfahren, welche hier in ihren Grundzügen dargestellt worden sind, so lässt sich nicht verkennen, dass dieses Rechtsmittel in der kirchlichen Gesetzgebung extensiv und intensiv schrankenloser als früher oder später zu irgend einer Zeit ausgebildet worden ist. Extensiv, indem das Rechtsmittel der Appellation gegen jede Art von Entscheidungen der geistlichen Unterbehörden, mochten diese Civil-, Straf- oder Administrativsachen betreffen und sich als End- oder als Zwischenentscheidungen darstellen, von den Parteien vor dem vorgesetzten geistlichen Richter verfolgt werden kann. Intensiv, weil die Streitverhandlung vor dem Berufungsrichter die Würdigung sowohl der thatsächlichen als auch der rechtlichen Seite des Rechtsverhältnisses zum Gegenstande hat, folglich ein völlig neues Judicium bildet.

Diese schrankenlose Ausdehnung des Appellationsrechtes barg indessen grosse Gefahren in sich, welche insbesondere bei dem ungeheueren Umfange der kirchlichen Jurisdictionsgebiete sehr bald zu Tage treten mussten.

Die fast unbeschränkte Anwendbarkeit des Rechtsmittels der Appellation musste nicht nur eine ausserordentliche Ueberlastung der kirchlichen Centralorgane zur Folge haben, welcher durch Delegation der kirchlichen Unterbehörden nur in geringem Masse gesteuert wurde; auch dem Verfahren vor den unteren Instanzen wurde dadurch, dass die Entscheidung der Rechtssache durch die Berufung gegen Zwischenbescheide dem entfernten und den Verhältnissen regelmässig fremden Berufungsrichter in die Hände gespielt werden konnte, jede Energie und jeder innere Halt entzogen. Wir sehen deshalb auch, dass die kirchliche Gesetzgebung die Appellation, nachdem die unbegrenzte Anwendung dieses Rechtsmittels nicht wenig zur Ausbildung der päpstlichen Machtvollkommenheit beigetragen, in der späteren Zeit wieder intensiv und extensiv auf einen erträglichen Umfang einzuschränken sucht.

Was zuvörderst die intensive Einschränkung des Appellationsrechtes betrifft, so ist hier folgende Stelle anzuführen:

C. 5. Clem. 2. 12 (Clem. V.)

Appellanti ab interloquutoria vel a gravamine iudicis non licet alias causas persequi quam appellatione sua nominatim dumtaxat expressas; nec processus primi iudicis ex novis aut de novo probandis iustificari potest vel etiam impugnari sed tantum ex illis, quae acta fuerunt vel exhibita coram ipso.

Die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung, durch welche unsere Rechtswohlthat bei Appellationen gegen Zwischenentscheidungen vollständig ausser Wirksamkeit gesetzt wurde, ist wohl nicht zu verkennen. Augenscheinlich musste die Aufnahme von Beweisen durch den entlegenen Berufungsrichter insbesondere dann als eine bedenkliche Verzögerung erscheinen, wenn dadurch nur Appellationen gegen Interlocute, also gegen minder wichtige Entscheidungen des untern Richters gestützt werden sollten.[6]) Durch die Constitu-

[6]) Auch die Appellationen gegen definitive Sentenzen und Entscheidungen (z. B. Wahlen) wurden im späteren canonischen Recht einigen, wenn auch minder erheblichen Einschränkungen unterzogen. So wurde durch

tion Innocenz IV. ist nun unsere Rechtswohlthat wieder auf jene Grenzen beschränkt, welche derselben schon in den justinianischen Rechtsbüchern gesteckt sind. Nach dem justinianischen Rechte ist die Appellation und in Folge dessen die Anwendung des *beneficium novorum* nur bei Endurtheilen zulässig; nach dem kirchlichen Rechte kann zwar die Berufung sowohl gegen Endurtheile als auch gegen Zwischenentscheidungen verfolgt werden, allein die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel ist in dem letzteren Falle nunmehr durch das Gesetz Innocenz IV. ausgeschlossen.

Die extensiven Einschränkungen, welche das unbeschränkte Appellationsrecht in der späteren kirchlichen Gesetzgebung erfuhr, fallen ausserhalb des Gebietes dieser unserer Betrachtung. Hier mag also nur bemerkt werden, dass päpstliche Constitutionen und ein Schluss des Concils von Trient die Appellation gegen alle Zwischenbescheide

---

cp. 2 Clem. *de test.* 2. 8 bestimmt, dass in der Appellationsinstanz, wenn von dem ersten Richter bereits Zeugen verhört und ihre Aussagen gehörig publicirt worden waren, über die Thatsachen des Zeugenbeweises oder ihr directes Gegentheil eine weitere Zeugenführung unzulässig ist. Das Gesetz lautet wörtlich: *Testibus rite receptis et eorum attestationibus publicatis, sicut non licet super eisdem vel directo contrariis articulis alios vel eosdem testes in principali causa producere, sic non debet in appellationis causa licere; cum non minus in appellationibus quam in principali causa subornatio sit timenda.* Ferner wurde bei kirchlichen Wahlen jeder Art in dem cap. 4 *de elect.* 1. 6 in VIto. festgesetzt, dass die Appellanten ihre sämmtlichen Beschwerden in dem Appellationslibell zusammenfassen und überdies einen körperlichen Eid leisten müssen, *quod credunt ea quae sic exprimunt esse vera et se posse probare.* Beschwerden, welche sich die Appellanten nicht auf diese Art gesichert, sollten nicht geltend gemacht werden können, *nisi aliquid postea forsan emerserit, vel super antiquis supervenerit probandi facultas aut aliqua antiqua in opponentium notitiam de novo pervenerint, quae appellantes appellationis tempore emissae verisimiliter ignorare potuerint et etiam ignorarint. Super huius modi autem ignorantia et superveniente facultate probandi fidem per proprium praestandum corporaliter faciant iuramentum* . . . . . . Der in dieser Gesetzesstelle für einen bestimmten Fall formulirte Eid hat augenscheinlich dem Appellationseide des J. R. A. als Vorbild gedient. S. unten.

untersagten, welche nicht entweder selbst die Kraft eines Endurtheils haben oder eine solche Beschwerde enthalten, der durch eine zukünftige Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden kann.[7])

Die Resultate der soeben dargestellten römisch-canonischen Rechtsentwicklung sind nun mit ganz unerheblichen Abweichungen in die deutsche Reichsgesetzgebung übergegangen. Das Verhältniss der beiden Processrechte ist in dieser Frage das nämliche wie bei anderen Instituten des Civilprocesses. Anfangs beschränkt sich die Gesetzgebung des deutschen Reichs auf eine mechanische Reception des in der römisch-canonischen Legislation und Doctrin gegebenen Stoffes; später, insbesondere im jüngsten Reichsabschied, versucht sie in dieser wie in anderen Fragen eine mehr originelle, selbstständige Lösung, ohne sich jedoch von ihren historischen Grundlagen jemals allzu weit zu entfernen.

Schon in dem ältesten Reichsgesetze, welches sich über

---

[7]) Das Concilium von Trient, welches überhaupt das vollständig zerrüttete Competenzwesen der Kirche neu ordnete, hat sich mit der extensiven Einschränkung der Appellationsbefugniss zu wiederholten Malen beschäftigt. Schon in der Sessio XIII. cp. 1 *de Ref.* wurde bestimmt, dass in den kirchlichen Straf- und Disciplinarfällen vor der Endentscheidung gegen ein Interlocut nicht appellirt werden dürfe, es sei denn, dass die Beschwerde durch Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben oder gegen dieses selbst nicht appellirt werden könne. Diese Bestimmung wurde in der Sessio XXIV. cp. 20 *de Ref.* im Wesentlichen auf alle kirchlichen Rechtssachen *(Causae omnes, ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentes)* ausgedehnt, indem dieses Decret festsetzt, dass jeder Process von dem ordentlichen Richter innerhalb eines Zeitraums von 2 Jahren beendet werden müsse, widrigenfalls die Parteien das Recht haben sollen, das höhere kirchliche Gericht anzugehen, und dann hinzufügt: *Nec antea aliis committantur nec avocentur neque appellationes ab eisdem interpositae per superiores quoscunque recipiantur eorumve commissio aut inhibitio fiat, nisi a definitiva vel definitivae vim habente et cuius gravamen per appellationem a definitiva reparari nequeat.* Aehnlich auch eine Constitution des Pius V. in dem von Petrus Mathäus herausgegebenen *Liber septimus*, c. 6 *de app.* 2. 9 (a. 1560.)

unsere Frage ausspricht: der Kammergerichtsordnung vom Jahre 1500[8]) erscheinen die Bestimmungen des canonischen Rechtes in allen wesentlichen Punkten aufgenommen. Folgendermassen lauten die Stellen dieses Gesetzes, welche hieher gehören:

„Wie in Appellation-Sachen prozediert werden soll

Item, wo der Appellatus die fürgewandte Appellation in jhren Formalien nicht anfechten wolt vnnd der Appellans das bewiesen vnd iustificiert hett, soll als dann derselb sein Appellation in eines Libells statt, so fern von einem Beyvrtheil oder Beschwernuss appelliert worden were, repetiern, vnnd seine Petition mündlich oder in Schrifften, also darauff thun: Darumb so begehr und bitte ich, zu erkennen, dass vbel gehandelt vnd gesprochen vnd wol appelliert sey.

Darnach soll dem Widertheil biss zum nechsten Gericht Ziel gesezt werden, auf dieselbe Klag vnd Petition zu antworten. Vnd da solche Klag vernemt, soll dem Appellanten Zeit, so es von nöthen, die zu beweisen, gegeben werden, wie dann oben bey den Sachen der ersten Instantz geschrieben ist“ . . . .

Und über den Fall, dass die Appellation gegen ein Endurtheil ergriffen wurde, sagt die C. G. O. Folgendes:

„Wo aber der Appellans oder Appellatus etwas weiters, dann in der ersten Instantz zu beweisen oder fürzubringen hett, soll er solches schriftlich durch Artickel in dem ersten Termin, so zur Nachlassung oder Rechtfertigung der Formalien die Ordnung begreifft, fürbringen.

Nachmals soll dem anderen Theil Tag, wider solche Artickel zu reden, gesetzt vnd darauff ferner gehandelt, vnd wie in Sachen der ersten Instantz, auff die Artickel zu handeln, angezeigt ist, procediert werden“ . . . . .

---

[8]) Nach Wetzell, System, §. 56, Note 78 soll auch schon die Kammergerichtsordnung v. 1495 eine Bestimmung über das *beneficium novorum* enthalten; allein in diesem Gesetze wird unserer Rechtswohlthat m. W. gar keine Erwähnung gethan.

Die C. G. O. v. J. 1500 unterscheidet also im Anschlusse an das canonische Recht zwischen Appellationen, welche gegen Endurtheile, und zwischen solchen, welche gegen Interlocute gerichtet sind. Bei Appellationen der ersten Art ist die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren unbedingt zulässig und hat in den Formen des — damals vor den Reichsgerichten üblichen — articulirten Verfahrens zu geschehen. Zweifelhaft könnte dagegen erscheinen, wie die C. G. O. unsere Frage bei Appellationen gegen Interlocute entscheiden wollte. Das Gesetz spricht davon, dass der Berufungskläger, falls sich sein Gegner der Appellation widersetzt, seine Beschwerde „beweisen“ und hiebei nach den Vorschriften über das Verfahren in erster Instanz, also im articulirten Processe vorgehen solle, woraus man schliessen könnte, dass die C. G. O. v. J. 1500 die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in der Berufungsinstanz im Gegensatze zu dem canonischen Recht auch in dem zweiten Falle anerkennt. Dass jedoch diese Ansicht eine irrige wäre, dass der Appellant bei Berufungen gegen Interlocute seine Beschwerden lediglich aus den Acten und Handlungen vor der ersten Instanz, dann aus Rechtsgründen zu rechtfertigen berechtigt ist, kann aus der späteren Entwicklung der deutschen Reichsgesetzgebung mit grosser Bestimmtheit nachgewiesen werden.

So wiederholt schon die C. G. O. v. J. 1507 in dem Titel „Von Terminen zweyter Instantz, so von Beyvrtheiln oder beschwerden Appelliert wird“, im Wesentlichen die oben dargestellten Vorschriften der C. G. O. v. J. 1500 über die Appellationen gegen Interlocute, fügt aber in Ansehung der Art und Weise, wie der Appellant seine Beschwerden im Berufungsverfahren zu rechtfertigen („zu beweisen“) hat, folgende erläuternde Worte hinzu, welche keinen Zweifel darüber lassen, dass das Kammergerichtsverfahren in Betreff unserer Frage mit den Vorschriften des canonischen Rechtes vollständig übereinstimmt:

„Vnd merck, bei diesem Termin, zu Beweisen, dass die Beschwerte von Appellation, so von Beyvrtheyl geschehen, werden bewiessen auss dem Gerichtshandel erster Instantz, dann die selbig Appellation wird Justifiziert, Gerechtfertigt vnd widerfochten, allein aus voriger Handlung, vnnd nicht auss newer Handlung. Text. in *clem. appell. de ap.* (= c. 5 Clem. *de app.* 2. 12) vnnd sagt Bart. in l. *per hanc. C. de temp. app.* (= L. 4 C. *eod.* 7. 63.)"

Die Grundsätze der Kammergerichtsordnungen vom Jahre 1500 und 1507 wurden in den späteren Gesetzen im Wesentlichen festgehalten. Nur insofern trat eine Modification ein, als durch die Kammergerichtsordnungen der späteren Zeit die Verhandlung und Rechtfertigung der Appellationen gegen Zwischenentscheidungen fast ganz beseitigt wurde, indem sich der Appellant lediglich auf die Reproduction des Appellationslibells beschränken musste, ohne dass der Berufungskläger zur Begründung oder sein Gegner zur Widerlegung der Appellationsbeschwerde selbst aus den Acten der ersten Instanz oder aus Rechtsgründen zugelassen wurde. Die Appellation des gemeinen Processes näherte sich durch diese Modification den einseitigen Rechtsmitteln gegen Interlocute, welche die neuen Processordnungen unter der Bezeichnung der Beschwerde oder des Recurses kennen. Bei Appellationen gegen Endurtheile oder solche Entscheidungen, welche die Kraft eines Endurtheils besitzen, verblieb es bei den Bestimmungen der älteren Kammergerichtsordnungen und nur das Verfahren hiebei wurde etwas genauer normirt. Folgendes sind die hieher gehörigen Stellen der späteren Kammergerichtsordnungen:

C. G. O. v. J. 1523.

„Tit. Wie auch in Appellation vnd Nichtigkeit Sachen, auff erstem Termin soll gehandelt werden.

. . . . Vnd mag gegen den Formalien der Appellation, vnd sonst der Appellat oder Antworter, vnd beyde Partheyen

darauff in beyden Terminen, vnnd in massen, wie oben in Articulo von wegen der ersten Instantz, jedes in seinem Fall, vor oder nach Befestigung dess Kriegs, vermerckt vnd gesetzt ist, gegen einander für und für procedieren, handeln vnd vollfahren.

So fern aber von einer Beyvrtheyl oder Beschwernus Appelliert ist, soll er sein Appellation Instrument, an statt seines Libels, repetieren, vnd darauff sein Petition thun, nemlich also: Dass vbel Gesprochen vnd Gehandelt vnd darvon wol Appelliert sey. Es were dann ein Beyvrtheyl, die *vim definitivae* hatt, in derselbigen soll, wie in Appellation von einer Endvrtheyl, vollfahren werden."

C. G. O. v. 1555, III, 31.

. . . . „Vnnd so fern von einer beschwerung oder Beyvrtheyl, die nicht krafft einer Endvrtheyl hatt, appelliert worden were; soll der Appellant an statt der Appellationklag sein *Instrumentum*, oder *scedulam appellationis* mündlich oder in Schrifften repetieren, vnd darauff mit wenig worten begeren zu erkennen, dass nichtiglich oder vbel gevrtheylt, vnd wol appelliert sey.

Wo aber von einer Endvrtheil, oder einer Beyvrtheyl die krafft einer Endvrtheyl hatt, appelliert, soll der Appellant sein Appellationklag in gemeiner weiss, oder aber mit Aussführung seiner Beschwerten, Artikuls weiss in Schrifften fürbringen, darinnen er beschliessen, bitten, vnnd begeren soll, zu erkennen, dass nichtiglich oder vbel gevrtheylt, vnd wol appelliert: Vnd wo von einer Endvrtheyl appelliert were, den Widertheyl, laut seiner Klag, in erster Instanz zu condemnieren, etc."

C. G. O. v. J. 1555, III, 33.

„Im Fall aber, da der Appellant oder Appellatus etwas newes oder weiters dann in erster Instantz einkommen, fürzubringen vnd zu beweisen hett, oder dasjenig, so in voriger Instantz fürbracht, noch weiter dartun vnd beweisen wolt, soll er solchs Schrifftlich durch Articul auff diesen Termin einzubringen oder so der Appellant sein

Klag articuliert hiebevon fürbracht, vnd nach der Kriegsbefestigung anstatt der Articul repetiert, der Appellatus darauff in diesem Termin zu antworten schuldig seyn, vnd darauff weiter mit der Beweisung vnd sonst, procediert, gehandelt vnd vollnfahren werden, in aller massen, wie oben in erster Instantz aussgetruckt ist . . . . .

Vnd soll in solchen Sachen, da von End oder Beyvrtheylen, so krafft einer Endvrtheyl haben, appelliert, solche Beweisung so viel deren zu Justification vnd vollnführung der Appellation dienlich, nicht allein auss den Akten voriger Instantz, sondern auch auss newen vrsachen zu schöpffen zugelassen: Doch dass die newe Articul der Klag, in ersten Instantz eingebracht, gemäss vnd auss denselbigen gezogen seyen, vnd nicht auff andere Klagen oder Sachen, darumb nicht geklagt, gestelt werden."

Der Rechtszustand vor Erlassung des jüngsten Reichsabschiedes war also folgender. Bei Appellationen gegen Interlocute war die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel unzulässig und die Introduction solcher Appellationen trug lediglich den Charakter einer wenig bedeutenden Formalität an sich, die durch blosse Einsendung des Appellationslibells und der dazu gehörigen Acten von Seite der ersten Instanz gar wohl hätte ersetzt werden können. Bei Appellationen gegen Endurtheile und gegen solche Interlocute, welchen nach der damaligen Doctrin die Kraft eines Endurtheils innewohnt, ist dagegen neues thatsächliches Vorbringen auch in zweiter Instanz zulässig, sofern durch dasselbe die in erster Instanz eingebrachte Klage nicht in ihrer Wesenheit geändert werden soll. Die Anwendung unserer Rechtswohlthat ist auch nach den Kammergerichtsordnungen noch nicht von der Ableistung eines besonderen Eides abhängig, obgleich die Parteien auf Begehren des einen oder des anderen Theils die allgemeinen Calumnieneide ausschwören müssen. [9])

[9]) Schon die C. G. O. v. 1507, Tit.: „Termin, wann von einer Entvrtheyl appelliert werd", ferner die C. G. O. v. 1555, III, 32 setzen

Dieser Rechtszustand wurde von dem J. R. A. im Wesentlichen aufrecht erhalten, jene Stellen der Kammergerichtsordnung v. 1555, welche demselben zu Grunde lagen, in diesem Gesetze ausdrücklich bestätigt (J. R. A. §§. 58 u. 72). Nur scheint nach dem J. R. A. bei Appellationen gegen Interlocute wieder ein contradictorisches Verfahren stattgefunden zu haben (§. 58). Bei Appellationen gegen Endurtheile sind Neuerungen ebenso wie nach den Kammergerichtsordnungen statthaft; doch werden auch die im Appellationsverfahren neu vorgeführten Thatsachen nicht mehr im articulirten Verfahren, sondern in formloser Darlegung geltend gemacht. Auch erfährt nunmehr unsere Rechtswohlthat dadurch eine erhebliche Einschränkung, dass in den Eid *de non frivole appellando*, welchen der Appellant vor Introduction des Rechtsmittels ausschwören muss, auch die Clausel eingeschaltet erscheint, „dass er von seinem neuen Einbringen *Novorum deducendorum*, so ihme bereits bey Ablegung des Eydes vorkommen oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchten, in erster Instanz keine Wissenschafft gehabt, oder dieselben damalen einzubringen nicht vermocht, oder für undienlich und unnötig geachtet, nunmehr aber davon halte, dass sie ihme zur Erhaltung Rechtens dienlich seyen". Auch der Gegner des Berufungsklägers hat, wenn er neue Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz einführen will, einen analogen Eid zu leisten (J. R. A. §. 73. 118).[10]) Hielt sich also der Appellant oder der Appellat mit gewissenhafter Strenge an den

---

fest, dass auch in zweiter Instanz auf Begehren einer einzelnen oder beider Parteien die gewöhnlichen Calumnieneide zu schwören sind; allein diese Eide beziehen sich nicht auf ein etwa von den Streitparteien beabsichtigtes neues Vorbringen, welche Beziehung vielmehr dem Calumnieneid in der zweiten Instanz erst durch den J. R. A. gegeben worden ist. S. unten.

[10]) Einen ganz ähnlichen Appellationseid hatte bereits das Concept der C. G. O. v. 1613, Thl. III, Tit. 38, §. 15 angeordnet; da jedoch das Concept niemals Gesetzeskraft erlangte, so trat jene Beschränkung des neuen thatsächlichen Vorbringens erst durch den jüngsten Reichsabschied in Kraft.

Inhalt seines Eides, so war jetzt wenigstens die Vorführung solcher Neuerungen in dem Appellationsverfahren ausgeschlossen, welche die Parteien in erster Instanz arglistig verschwiegen und erst in der zweiten Instanz vorbrachten, um die Beendigung des Processes zu verzögern oder sonst einen rechtswidrigen Vortheil sich zuzueignen.[11]

Die hier dargestellten Grundsätze des römisch-canonischen Rechtes und der deutschen Reichsgesetze haben auf die Processrechte der deutschen Territorien bis in die Mitte dieses Jahrhunderts einen bedeutenden Einfluss ausgeübt. Sehr zahlreiche Processordnungen aus der Zeit von der Erlassung des jüngsten Reichsabschiedes, mit welchem die Entwicklung des gemeinen deutschen Civilprocesses im Wesentlichen ihren Abschluss findet, bis in das dritte oder vierte Decennium dieses Jahrhunderts, wo der Einfluss des gemeinen Processes allmälig durch jenen der französischen Gesetzgebung verdrängt wird, haben demgemäss die Rechtswohlthat der Neuerungen in ihrem gemeinrechtlichen Umfang übernommen oder diesen wohl gar noch erweitert. Nur verhältnissmässig wenige Particularrechte entziehen sich dem Einflusse des gemeinen Rechtes, indem sie die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen (namentlich in der Berufungsinstanz) entweder vollständig beseitigen oder doch erheblichen Einschränkungen unterwerfen.

---

[11]) Zweifelhaft ist das Verhältniss unserer Rechtswohlthat zu den peremptorischen Beweisfristen, welche in den älteren deutschen Particularprocessordnungen vielfach festgesetzt werden. Wenn die peremptorische Beweisfrist, welche der erste Richter festsetzt, ihre Wirkung auch auf die zweite Instanz ausdehnt, so ist klar, dass dadurch jedes neue thatsächliche Vorbringen in dem Berufungsgericht in der weit überwiegenden Anzahl von Fällen unmöglich gemacht wird. Vgl. über diese Frage Spangenberg im Archiv für civil. Praxis, Bd. 9. S. 67—70, Linde, Handbuch Bd. 4. S. 511—517. Bei den neuen deutschen Processordnungen kann diese Einschränkung unserer Rechtswohlthat nicht mehr in Frage kommen, da diese die peremptorische Beweisfrist im Anschlusse an das französische Recht vollständig aufgehoben haben.

Aus den Gesetzgebungen, welche zu der ersten Gruppe gehören, ist insbesondere das preussische Processrecht hervorzuheben. Die Untersuchungsmaxime, welche das Verfahren der Allgemeinen preussischen Gerichtsordnung beherrscht, würde in ihren äussersten Consequenzen dahin führen, alle Beschränkungen des thatsächlichen Vorbringens durch die Instanzenordnung vollständig aufzugeben. Denn ist es die Aufgabe des Richters, ohne Abhängigkeit von den Anführungen der Parteien die materielle Wahrheit zu erforschen, so kann ihn der zufällige Umstand, dass eine Thatsache erst in einer höheren Instanz in den Rahmen des Processes tritt, von ihrer Beachtung und Benützung gewiss nicht entbinden. Eine solche strenge Durchführung jenes Princips müsste jedoch eine vollständige Zerrüttung des Instanzenwesens, insbesondere eine ausserordentliche Ueberlastung der dritten und höchsten Instanz zur Folge haben. Das preussische Recht hat deshalb auch die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens auf die zweite Instanz beschränkt, hier aber in ganz unbegrenztem Masse gestattet [12]) und namentlich auch den Appellationseid beseitigt. [13]) Dagegen hat die A. G. O. dem neuen Vorbringen in der dritten (Revisions-) Instanz sehr enge Grenzen gesetzt und hierüber ausführliche Detailbestimmungen ge-

---

[12]) Die Einleitung zur A. G. O. §. 58 bestimmt über die Rechtswohlthat der Neuerungen in zweiter Instanz Folgendes: In der Appellationsinstanz kann die Partei alle ihre Beschwerden, welche sie gegen das Verfahren des vorigen Richters zu haben glaubt, anbringen; sie kann neue Thatsachen, die von ihr in der ersten Instanz vergessen oder von dem vorigen Richter übersehen worden, anzeigen; sie kann neue Beweismittel über schon vorgekommene, aber noch nicht hinreichend aufgeklärte Thatsachen vorschlagen. Ebenso auch A. G. O. I, 14, §§. 11. 19. Ueber die Zulässigkeit von neuem Vorbringen beim Recurse (welcher gegen Urtheile in Sachen unter 50 Thaler das einzige Rechtsmittel bildet: Decl. v. 6. April 1839, Art. 1 Nr. 2) ist zu vergleichen das Ges. v. 12. März 1854 (G. S. S. 115) §. 6, Z. 1, §. 9.

[13]) Koch, Der preussische Civilprocess, §. 325, 3.

troffen, welche aber hier füglich übergangen werden können. [14])

Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens wird ferner in einer grossen Anzahl von älteren deutschen Particularprocessordnungen ausgesprochen, welche nicht auf dem Untersuchungsprincip, sondern auf der gemeinrechtlichen Verhandlungsmaxime beruhen. Hieher gehört die Calenberg'sche [15]) und Celle'sche [16]) Kanzleiordnung, die Stade-sche [17]) Hofgerichtsordnung und die Würtemberg'sche Processordnung (v. 1610). [18]) Das Detail dieser Vorschriften, welche sich zumeist enge an das gemeine Recht anschliessen, bietet aber nur geringes legislatives und wissenschaft-

[14]) Die A. G. O., I. 14, §. 10 bestimmt, dass auf neue Thatsachen oder neue Beweismittel, welche in den beiden ersten Instanzen gar nicht vorgekommen sind, der Revisionsrichter keine Entscheidung gründen darf, sondern diese nach der in erster und zweiter Instanz ausgemittelten Lage der Sache abfassen muss, wenn auch von den Parteien bei Anmeldung der Revision oder in ihren Rechtsausführungen neue Thatsachen oder Beweismittel angebracht worden wären. Die im §. 11 ff. angeführten Ausnahmen von diesem allgemeinen Princip lassen sich dahin zusammenfassen, dass neues Vorbringen regelmässig auch in der letzten Instanz zulässig ist, wenn eine bereits in den Vorinstanzen angeführte Thatsache durch einzelne neue Umstände ergänzt oder durch neue Beweismittel erwiesen werden soll, dass dagegen in allen anderen Fällen neue Thatsachen und Beweismittel von dem Revisionsrichter nicht beachtet werden dürfen. Auch dann, wenn nach der Verordnung v. 14. Dec. 1833 (G. S. S. 302) nicht die Revision, sondern lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde stattfindet (nämlich gegen gleichförmige Erkenntnisse in vermögensrechtlichen Processen, deren Gegenstand den Werth von 500 Thalern nicht übersteigt, wobei über das Detail Koch's Processordnung, 6. Aufl. 1871, S. 460 ff. zu vergleichen ist), ist die Anführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln, ferner eine Beweisaufnahme ausnahmsweise zulässig. Verord. v. 14. Dec. 1833, §. 17, Decl v. 6. April 1839, Art. 10.

[15]) Calenberg'sche Kanzleiordnung, XXX, §. 9. 10.

[16]) Celle'sche Kanzleiordnung, Art. 39.

[17]) Stade'sche Hofgerichtsordnung, Th. 2, Tit. 4, §. 5. Bei der Supplication ist unsere Rechtswohlthat nach der Hofgerichtsordnung (Th. 2, Tit. 6, §. 2) ausgeschlossen, aber später durch eine Verordnung v. 6. Sept. 1799 wieder zugelassen worden.

[18]) Art. 68.

liches Interesse und mag deshalb hier in Ansehung desselben auf die Zusammenstellung in Linde's Handbuch [19]) verwiesen werden.

Weit weniger zahlreich ist jene Gruppe von älteren deutschen Particulargesetzgebungen, welche sich von dem Einflusse des gemeinen Rechtes freihalten und das neue thatsächliche Vorbringen in der Berufungsinstanz ausschliessen oder doch wesentlich beschränken. Ich hebe hier nur den baierischen Iudiciarcodex v. 1753 hervor, welcher die Vorführung von Neuerungen in dem Berufungsverfahren principiell untersagt und sie ausnahmsweise nur dann gestattet, wenn die Streitpartei eidlich bekräftigt, dass die neuen Thatsachen ihr erst nach Schöpfung des Urtheiles bekannt geworden sind. [20]) Die wichtigste Territorialgesetzgebung dieser Gruppe ist aber das österreichische Recht, welches in Ansehung unserer Frage die Principien, die dem Entwurfe einer deutschen Civilprocessordnung zu Grunde liegen, von Altersher mit grosser Consequenz verwirklicht hat und das deshalb als ein wahrer Vorläufer der neuesten deutschen Gesetzgebungsarbeiten betrachtet werden kann. Der Darstellung dieses Rechtes, welches gegenwärtig wohl das einzige Beispiel einer ausgedehnten Anwendung der im deutschen Entwurfe niedergelegten Grundsätze bietet, soll der folgende Abschnitt gewidmet werden.

---

[19]) Linde's Handbuch, Bd. 4, S. 518—21, 525—29, welchem Schriftsteller auch die Citate in den Noten 15—18 entnommen sind, da mir die daselbst angeführten Gesetze nicht vorliegen.

[20]) Cod. jur. bav. jud. Cap. 15, §. 5 u. 8.

§. 4.

Oesterreichisches Recht.[1])

Der Kampf zwischen den beiden entgegengesetzten Principien, welche für den ganzen Charakter des Verfahrens in den höheren Instanzen massgebend sind, nämlich zwischen dem Grundsatze der Zusammendrängung des ganzen thatsächlichen Materials in der ersten Instanz und der Zulassung der Ergänzung des Beweisstoffes in den höheren Instanzen wurde in den deutschen Erbländern der österreichischen Monarchie schon einmal ausgefochten und die Bestimmungen der geltenden Processordnungen können als Resultat dieses langwierigen Kampfes jener beiden entgegengesetzten Auffassungen gelten. Die Processgesetze, welche für die deutschösterreichischen Provinzen seit dem 16. Jahrhunderte bis zur allgemeinen österreichischen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 und der westgalizischen Gerichtsordnung vom 19. December 1796 erlassen wurden, lassen sich nämlich in zwei Gruppen scheiden: in solche, welche die Eventualmaxime auch für das Verhältniss der Instanzen unter einander festhalten, folglich die Concentration des Beweismaterials in den Verhandlungen vor der ersten Instanz vorschreiben, und in solche, welche auch noch in der zweiten Instanz die Production neuen Beweisstoffes zulassen, also das Verfahren vor der zweiten Instanz als eine völlig neue Verhandlung des ganzen Rechts-

[1]) Die im Texte gegebene historische Darstellung soll die Entwicklung unserer Rechtswohlthat von der Zeit an zur Anschauung bringen, wo die Reception des römisch-canonischen Processes in den österreichischen Gerichten eine vollendete Thatsche ist. Bei dem vollständigen Mangel einer österr. Quellengeschichte konnte selbstverständlich dieser historische Versuch nur sehr mangelhaft ausfallen. Ich habe, um zukünftige Arbeiten dieser Art zu erleichtern, von den einzelnen mir zugänglichen Civilprocessgesetzen eine kurze Beschreibung gegeben.

streites und nicht blos als eine Ueberprüfung des Urtheils der ersten Instanz auffassen. Sieht man von einzelnen Zweifeln und Bedenken ab, welche die schwankende Gerichtspraxis jener Zeiten erregt und welche weiter unten Erwähnung finden sollen, so kann man Böhmen und seine ehemaligen Nebenländer (Mähren und Schlesien) als die Gebiete bezeichnen, welche im Anschluss an das gemeine Recht die Rechtswohlthat der Neuerungen in zweiter Instanz adoptirt haben, während die übrigen deutschen Erbprovinzen dem entgegengesetzten Grundsatze, somit der Ausschliessung der Neuerungen in zweiter Instanz huldigen. Da die Gesetzgebung der ausserböhmischen Länder in Beziehung auf unsere Frage für unser heutiges österreichisches Processrecht massgebend geworden ist, so will ich zunächst die Bestimmungen ihrer zahlreichen Gerichtsordnungen über das *beneficium novorum* zusammenstellen, soweit dieses bei der Unzugänglichkeit der processualischen Rechtsquellen und dem vollständigen Mangel einer österreichischen Rechtsgeschichte für die älteren Zeiten überhaupt möglich ist.

Was zunächst das Stammland der österreichischen Monarchie: das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns betrifft, so erscheint in dem niederösterreichischen Processrechte die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel in den höheren Instanzen von Altersher vollständig ausgeschlossen. Und zwar scheint diese Ausschliessung nicht sowohl auf einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, als vielmehr auf einem uralten Gerichtsgebrauche zu beruhen. In den mir zugänglichen Gesetzen finden sich wenigstens zwar einzelne Andeutungen vor, welche jenen Zustand voraussetzen; ein ausdrückliches Verbot, in der Appellationsinstanz Neuerungen zu produciren, ist mir jedoch in den älteren niederösterreichischen Gesetzen nirgends begegnet. Die älteste der mir vorliegenden niederösterreichischen Civilprocessordnungen, nämlich die „Gerichtsordnung des lanndsrechten des hochlöblichen Ertzhertzogthumbs Oester-

reich vnder der Enns“ vom 12. April 1540[2]) verfügt für eine gewisse Gattung von Rechtssachen, welche vor dem Gerichte rein mündlich verhandelt wurden: die Extraordinariprocesse, dass der Kläger und der Beklagte ihr mündliches Vorbringen in der Gerichtsverhandlung in dem Falle, wenn die eine oder die andere Partei appelliren würde, in einer Schrift zusammenzufassen und binnen drei Tagen nach Kundmachung des Urtheils bei dem Gerichte einzureichen haben. Als Grund dieser Bestimmung wird in dem Gesetze angegeben, dass die Parteien die Aufrichtung der Appellation (d. i. die schriftliche Fixirung des factischen und rechtlichen Materials, welches sie dem Gerichte erster Instanz mündlich vorgeführt haben, ferner die Angabe der Beschwerden gegen das auf Grund dieser Verhandlung erflossene Urtheil) oft ungebührlich verzögern und dass dann das Gericht, an welches sich die Parteien im Falle eines Streites über den Inhalt des mündlichen Vorbringens wenden, oft gezwungen sei, lange Zeit nach der mündlichen Verhandlung über das, was bei dieser „von beden Partheien mündlichen Fürkhommen“ ist, eine Entscheidung zu treffen, was für den Richter mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei.[3]) Offenbar setzt diese Gesetzesstelle voraus, dass das mündliche Vorbringen der Parteien in erster Instanz auch für den Berufungsrichter massgebend sei und dass das factische Material, welches dem ersten Richter vorgeführt wurde, den Rahmen bildet, innerhalb dessen sich die Verhandlung und Entscheidung der Berufungsinstanz

[2]) Die Landrechtsordnung vom 12. April 1540 liegt mir in einer Ausgabe aus demselben Jahre vor, welche in der Wiener Universitäts-Bibliothek die Bezeichnung *ius civ. austr.* III, 44 führt. Das Gesetz ist ausserordentlich kurz gefasst (20 Blätter sehr weiten Drucks) und enthält nicht eine vollständige Civilprocessordnung, sondern nur eine Reihe von — allerdings sehr wichtigen — Detailbestimmungen, durch welche den bei dem Landrecht eingerissenen Missbräuchen gesteuert und „gebüerunde Zucht vnd Erberkhait“ wieder hergestellt werden soll. Der Einfluss des gemeinen Processes ist in dem Gesetze schon überall sichtbar.

[3]) L. R. O. fol. 15. b; 16. a.

zu vollziehen hat. Denn niemals hätte die Landrechtsordnung für den Fall der Appellation die so schwierige und mühevolle Zusammenfassung des mündlichen Vorbringens in der ersten Instanz in besonderen Schriftsätzen anordnen können, wenn die Verhandlung vor dem Berufungsrichter (der niederösterreichischen Regierung) sich ebenso wie jene vor dem Landrechte auf das ganze factische und rechtliche Processmaterial erstreckt hätte.

Noch weniger zweifelhaft ist die Ausschliessung der Neuerungen in der Berufungsinstanz bei den Ordinarisachen, also in dem ordentlichen Process der niederösterreichischen Landrechtsordnung, obgleich ich auch hier ein ausdrückliches Verbot nicht zu finden vermochte. Der Ordinariprocess der Landrechtsordnung ist im Gegensatze zu dem Extraordinariverfahren rein schriftlich; jeder Partei sind in der Hauptsache drei Schriften und überdies ein schriftlicher oder mündlicher Rechtssatz gestattet, welche letztere Handlung zur Darlegung der in dem Processe vorkommenden Rechtsfragen bestimmt gewesen zu sein scheint. Ich sage, dass das Ordinariverfahren ein rein schriftliches war, da auch die mündlichen Rechtssätze keineswegs dem Gerichte blos mündlich bekannt gegeben, sondern von dem Landschreiber in das Protokoll geschrieben wurden und erst in dieser schriftlichen Form — ähnlich wie die protokollarischen Vorträge der Parteien in dem pseudomündlichen Verfahren des gemeinen Rechtes und der österreichischen allgemeinen Gerichtsordnung — zur Kenntniss des urtheilenden Gerichtes gelangten.[4]) Erwägt man nun, dass selbst in dem rein mündlichen Extraordinariprocess der Landrechtsordnung die Vorführung neuen Beweisstoffes in der Berufungsinstanz unstatthaft war, so kann die Ausschliessung dieser Rechtswohlthat in dem schriftlichen Ordinariprocess keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Denn gerade die Schwierigkeit, den Inhalt der mündlichen Verhandlung vor dem

[4]) L. R. O. fol. 2. a.

ersten Richter in authentischer Form zur Kenntniss der Berufungsinstanz zu bringen, fällt im schriftlichen Verfahren vollständig hinweg, da hier die Ausführungen der Parteien vor der ersten Instanz durch ihre schriftliche Form dauernd fixirt sind. Gewiss kann man also voraussetzen, dass ein Gesetz, welches die Ausschliessung der Neuerungen in der Berufungsinstanz selbst für das rein mündliche Verfahren trotz mancher entgegenstehender Schwierigkeiten durchführt, an diesem Principe um so mehr in Ansehung des schriftlichen Processes festgehalten hat.

Auch fehlt es in der Landrechtsordnung nicht an einzelnen Bestimmungen, welche sich nur unter jener Voraussetzung erklären lassen. Dahin gehört zuvörderst die Bestimmung dieses Gesetzes, dass die Parteien sich in den Schlussschriften jeder Neuerung enthalten und im Falle der Uebertretung dieses Gebotes von dem Gerichte bestraft werden sollen.[5]) Welchen Sinn hätte eine solche Strafandrohung gehabt, wenn die Einführung von Neuerungen sogar in der zweiten Instanz, also in einem viel weiter vorgeschrittenen Stadium des Processes, ein gesetzlich zulässiger Vorgang gewesen wäre?[6]) Dann aber spricht zweitens für meine Auffassung auch der Umstand, dass die Landrechtsordnung nirgends für den Fall der Einführung von Neuerungen in der Berufungsinstanz die Ableistung

---

[5]) L. R. O. fol. 1. b.

[6]) Einen ähnlichen Schluss machen die gemeinrechtlichen Schriftsteller in Ansehung unserer Rechtswohlthat, indem sie die in einzelnen Territorien bestehende peremptorische Beweisfrist auch auf das neue thatsächliche Vorbringen in II. Instanz anwendbar erklären, obgleich die Reichsgesetze eine solche Einschränkung der Rechtswohlthat nirgends andeuten. S. oben §. 3, Note 11. Mit weit grösserem Rechte kann man schliessen, dass eine Gesetzgebung, welche das neue thatsächliche Vorbringen in der ersten Instanz (nicht blos dessen Beweis) an gewisse Fristen gebunden hat, das *beneficium novorum* ausschliesst, zumal wenn sie nicht, wie dies in den Reichsgesetzen der Fall ist, die Rechtswohlthat der Neuerungen ausdrücklich oder stillschweigend gewährt.

eines Calumnieneides vorschreibt, wie ihn selbst das gemeine Recht, welches doch in unserer Frage auf dem römisch-canonischen Processrecht beruht, dem Producenten von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der Berufungsinstanz auferlegt. Allerdings kennt auch unser Gesetz einen Eid, welchen der Appellant bei Einlegung dieses Rechtsmittels zu leisten hat; allein dieser Eid bezieht sich nicht auf unsere Frage, sondern enthält lediglich die Betheuerung, dass die appellirende Partei das Rechtsmittel nicht aus Gefährde und zur Verlängerung des Rechtsstreites ergreife.[7])

Die Ausschliessung von Neuerungen in der Berufungsinstanz erscheint auch in dem chronologisch zunächst folgenden niederösterreichischen Civilprocessgesetze: „der Gerichts-Process-Ordnung des Landsrechtens des hochlöblichen Erzherzogtums unter der Enns“ vom 18. Februar 1557[8]) festgehalten. Die Durchführung dieses Principes in dem erwähnten Gesetze ist dadurch erheblich erleichtert, dass es das rein mündliche Verfahren der früheren Landrechtsordnung in Extraordinarisachen nicht mehr kennt, dasselbe vielmehr ausdrücklich aufgehoben und durch ein rein schriftliches Verfahren ersetzt hat.[9]) Das schwierige und oft gewiss langwierige Verfahren, durch welches die frühere

---

[7]) Der Appellationseid der L. R. O. (fol. XVI. b.) ist ein gewöhnlicher Calumnieneid, wie derselbe bei den Appellationen nach den deutschen Reichsgesetzen auch schon vor dem J. R. A. üblich war. (S. oben §. 3, Note 9.) Derselbe lautet: „Ich Schwer ainen Aidt zu Gott vnd den heilligen, Das ich die Appellation, in diser sachen vnd Rechtferttigung nicht aus gener oder verlenngerung derselben sachen, vnd Rechtferttigung, sonnder allain vmb pessers Rechtens willen thue.“

[8]) Die Landrechtsordnung vom 18. Febr. 1557 ist zufolge des Kundmachungspatentes bestimmt, die Landrechtsordnung vom 12. April 1540 zu ersetzen. Dieselbe ist weit ausführlicher gefasst als das letztere Gesetz und lässt sich in der Anordnung des Ganzen und in zahlreichen Detailbestimmungen der Einfluss der C. G. O. v. J. 1555 wahrnehmen. Ich citire in dem Nachfolgenden nach der Ausgabe, welche in Wien bei Stefan Kreutzer 1584 erschienen ist und in der Bibliothek der Wiener Universität die Bezeichnung *Jus. c. aust.* III, 48 trägt.

[9]) Landrechtsordnung v. 1557, fol. XXXI. a.

Landrechtsordnung im Extraordinariprocesse den Inhalt des mündlichen Vorbringens in erster Instanz schriftlich zu fixiren sucht, ist nunmehr nicht nothwendig, das Berufungsgericht lernt jetzt den Inhalt der Parteienvorträge immer in derselben Form kennen, in der dieselben von den Streittheilen der ersten Instanz vorgelegt worden sind. Die Gerichts- und Process-Ordnung von 1557 begnügt sich deshalb, den ersten Richter anzuweisen, bei Aufrichtung der Appellation „alles das, so von den Partheyen fürkhommen, darauff gehandelt, geurtheilt oder verabschiedt worden, ordentlich und vleissig darein (nämlich zu den Acten) zu schliessen, damit in erledigung der Appellation, khain jrrung mangl oder abgang erscheine noch befunden werde".[10]) Auch nach diesem Gesetze soll also dem Berufungsrichter der ganze Inhalt der Verhandlung vor der ersten Instanz, aber auch nur dieser als Grundlage seiner Entscheidung dienen.

Mit Rücksicht auf die angeführten Gesetzesstellen, welche das Verbot der Neuerungen in der Berufungsinstanz wohl voraussetzen, aber nicht vollständig deutlich aussprechen, wird jenes Princip von den späteren österreichischen Juristen zwar allgemein anerkannt, jedoch nicht sowohl auf ein ausdrückliches Gesetz, sondern auf einen niederösterreichischen Landesgebrauch zurückgeführt. So sagt Suttinger in seinen *Observationes practicae* (1. Aufl. 1650 und später noch öfter) Nr. 94, „dass in Zusammenrichtung der Akten weder weniger noch mehr, sondern blos allein das gelegt wird, was bei der Erkandtnuss fürkommen. *Remedium enim l. 1. C. de temp. app. id est non deducta deducere et non probata probare, de notoria nimis consuetudine locum non habet.*" Und Nikolaus v. Beckmann in seiner *Idea juris statutarii et consuetudinarii Stiriaci et Austriaci cum jure Romano collati*, Gratz 1688, S. 23, drückt sich über unsere Frage folgendermassen aus: „Es muss aber in Appellationssachen nach löbl. Wienerischen Landesgebrauch regulari-

[10]) a. a. O. fol. XXXIII, 6.

ter nichts Neues *in judicio superiori* von Appellanten eingemischt werden, sondern es sollen nur die vorigen Acten so *in foro inferiori* proponiret und examiniret werden, *in foro superiori* auf's Neue recht genau examiniret werden, *num inferior judex recte vel male judicaverit.*“

In dieser Form, nämlich als ein durch die Gewohnheit sanctionirter Rechtssatz erhielt sich die Ausschliessung der Neuerungen in zweiter Instanz auch in der folgenden Zeit. Ausdrücklich anerkannt wurde jener Rechtssatz zunächst für die dritte Instanz, indem die Revisionsordnung vom 27. Juli 1655 §. VIII [11]) verfügt, „dass weder in der Supplication oder Revision noch der darauf gefolgten Gegen-Revisions-Schrifft ichtwas neues vorgebracht oder da es vorgebracht, nicht in acht genommen, sondern ganzlich als eine Neuerung verworfen werden soll“. Rücksichtlich der Vorführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der zweiten Instanz schweigen dagegen noch die Rechtsquellen dieser Zeit. Auch das Appellationsedict vom 13. März 1670 [12]) macht von unserem Rechtssatze keine Erwähnung, obgleich es das ganze Appellationsverfahren mit ziemlicher Ausführlichkeit ordnet. Erst die „Advokatenordnung bey dem Wiennerischen Stadt- und Landgericht“ vom 4. Mai 1700(?) §. 79 [13]) bestimmt ausdrücklich: „In denen also schrifftlich abführenden Appellationsprozessen sollen keine anderen Schriften oder Nothdurfften, ausser denen jenigen Instrumenten und Behelff, so bei der Mündlichen Nothdurffts-Handlung *pro et contra* producieret worden, bei Straff vier Reichsthaler gelegt- und nichts darauf erkennet werden, welches dann *sub eadem Poena* in denen anderen Processen, bey denen zwei letzteren Schrifften, dann in denen Extraordinari-Rechten, bei denen Auff- und Gegenschreiben in allweeg zu observieren, auch bei der Collationirung darzu zu notieren: Neuerung, worauff nichts zu erkennen.“ Auch

[11]) Codex Austriacus, Suppl. Bd. 1, S. 154.

[12]) Cod. Austr., Bd. 1, S. 86—89.

[13]) Cod. Austr., Bd. 1, S. 41 ff.

das Verbot in den letztem Schriftsätzen und Protokollen, welche die Parteien dem ersten Richter vorlegen, neue Thatsachen und Beweismittel vorzuführen, findet sich in den Gesetzen des 17. und 18. Jahrhunderts häufig wieder. [14])

Aehnlich wie in dem niederösterreichischen Processrechte erscheint auch in den übrigen innerösterreichischen Provinzen die Vorführung neuer Beweismittel in der zweiten Instanz ausgeschlossen, ohne Rücksicht, ob das Verfahren, wie z. B. in Steiermark, ein mündliches oder, wie in den manchen anderen innerösterreichischen Kronländern, ein schriftliches war. Von den Provinzen, in welchen das Verfahren ein vorherrschend schriftliches war, will ich hier nur noch auf das oberösterreichische Verfahren hinweisen. Die überaus kurze „Ordnung des Landsrechtens des Erzherzogthumb Oesterreich ob der Enns“ v. 10. Sept. 1535 [15]) steht in Beziehung auf das *Beneficium novorum* wohl ganz auf demselben Standpunkte, wie die niederösterreichische Landrechtsordnung von 1540, mit der sie auch in anderen Punkten die grösste Aehnlichkeit besitzt und welcher sie augenscheinlich in den meisten Beziehungen zur Grundlage gedient hat. Sie kennt so wie jenes Gesetz ein schriftliches Ordinariverfahren und ein rein mündliches Extraordinariverfahren und das Verbot von Neuerungen in den letzten Schriften des Ordinariverfahrens findet sich auch in diesem Gesetze wieder. Dagegen ist ihr das eigenthüm-

---

[14]) Edict vom 28. März 1681 (Codex Austr. Bd. 1, S 25) §. 18; Advokatenordnung bei dem Wiennerischen Magistrat vom 12. März 1688 (Cod. Austr. Bd. 1, S. 35). Auch das Edict vom 6. Mai 1681 (C. A. Bd. 1, S. 30), dann vom 28. Aug. 1686 (C. A. Bd. 1, S. 234) beziehen sich auf jene Fälle, in welchen die niederösterreichische Regierung in I. Instanz (und nicht als Appellhof) entschied.

[15]) Die oberösterreichische Landrechtsordnung vom 10. Sept. 1535 liegt mir in einer Ausgabe vor (*Bibl. Univ. Vindob. jus. civ. austr.* III, 44), welche weder paginirt ist, noch auch Titelzahlen aufweist, weshalb die Anführungen aus diesem Gesetze nur ganz allgemein gehalten sein können. Das Gesetz ist wie die beiden niederösterreichischen Landrechtsordnungen von 1540 und 1557 vom Kaiser Ferdinand I. erlassen.

liche Verfahren unbekannt, welches die niederösterreichische Landrechtsordnung von 1540 vorschreibt, um den Inhalt des mündlichen Vorbringens in erster Instanz authentisch zur Kenntniss des Berufungsrichters zu bringen, indem sie im Extraordinariprocesse, welcher nach diesem Gesetze zumeist blos auf die minderwichtigen Incidenzsachen zur Anwendung gebracht wurde[16]), in Gemässheit eines alten oberösterreichischen Landesbrauches die Appellation vollständig ausschliesst.[17]) Auch die oberösterreichische Landrechtsordnung vom 28. Jänner 1627 hat diesen Rechtszustand in keiner Weise modificirt, wie sie denn überhaupt eine fast wörtliche Wiedergabe der älteren oberösterreichischen Landrechtsordnung ist und von einem Einflusse der bedeutenden legislatorischen Arbeiten, welche inzwischen in den übrigen österreichischen Provinzen vorgenommen worden waren, so gut als Nichts wahrnehmen lässt.[18])

---

[16]) Die Landrechtsordnung zählt eine grössere Reihe von Incidenzsachen auf, welche als Extraordinarisachen betrachtet werden sollen, z. B. das Ansuchen um Verlängerung der Beweisfrist, die Eröffnung der Zeugenaussagen etc. „vnd in Summa all annder dergleichen händl, die zwischen den Tayllen, ausser der Haubtsach nach der ergangen beyvrtl, in stritt khommen". Diese Extraordinarisachen hatten das Privilegium, dass dieselben „die Parthey yeder zeyt so die Landssrechten besessen werden, ausser der Ordnung des Puechls mündlich fürbringen" durfte.

[17]) Die L. R. O. sagt über diesen Punkt: „Was aber in Extraordinarijs obberürter massen Summarie gehört, vnd durch ainen Gerichtlichen verlass entschaiden wirdet gemaines Lanndss vnd dises Gerichts lanng hergebrachten löblichen brauch nach, da bey es auch von jr Rü. May. vnd derselben nachgesezten Regierung, bissheer gelasssen worden, vmb schleinigs vnnd fürderlichs Rechtens willen, auch in ansehung, das die haubtsachen nit betrifft, sonnder dadurch auffgezogen, vnnd verhindert wird kain Appellation gestat."

[18]) Diese von Ferdinand II. erlassene Processordnung liegt mir in einer Ausgabe vor, welche im Jahre 1652 in Linz bei Ulrich Kürner erschienen ist und in der Wiener Universitäts-Bibliothek die Bezeichnung *Jus. cir. austr.* III. 204 führt. Das Gesetz ist lediglich eine neue Ausgabe der älteren Landrechtsordnung mit den blos formellen Modificationen, welche durch den veränderten Sprachgebrauch nothwendig gemacht worden waren. Im Gegensatze zu der n. ö. Landrechtsordnung v. J. 1557 hält es

Neben diesen provinziellen Processordnungen, welche auf dem Principe der Schriftlichkeit beruhen, ist eine Anzahl von Processrechten vorhanden, welche ein mündliches Verfahren vorschreiben, aber gleichwohl an der Ausschliessung der Neuerungen in der zweiten Instanz festhalten. Zu dieser zweiten Gruppe gehört das steierische, krainische und tirolische Recht.

Was zuvörderst das steierische Provinzialrecht betrifft, so ist dasselbe, wie in vielen anderen Punkten, so auch für unsere Frage deshalb von hoher Wichtigkeit, weil es das Civilverfahren in allen Instanzen rein mündlich ausgebildet und in dieser Form bis in die späteste Zeit erhalten hat. Es ist daher in hohem Grade interessant, zu sehen, durch welche Mittel das steierische Processverfahren die beiden scheinbar widersprechenden Principien der reinen Mündlichkeit und der Begrenzung des oberrichterlichen Prüfungsrechtes zu vereinigen weiss.

Schon in „des loblichen Fürstenthum Steyr bestättung der Newen Reformation des Landsrechtens daselbst“, von welcher mir ein Druck aus dem Jahre 1533 vorliegt,[19]) wird verfügt, dass in der Ausführung der Appellation „die sachen nicht anders, dann wie in Recht fürkhommen, gestellt werden“.[20]) Die Ausschliessung der Neuerungen in der Berufungsinstanz ist also schon in diesem Gesetze mit grosser Deutlichkeit ausgesprochen. Dieser Grundsatz wird ähnlich wie in der ältesten niederösterreichischen Landrechtsordnung

das rein mündliche Verfahren in Extraordinarisachen fest. L. R. O. a. a. O. S. 7. 13.

[19]) In dem mir vorliegenden Drucke dieser Landrechtsordnung (*Univ. Vindob. jus. civ. austr.* III, 43) ist weder das Gesetz noch auch das Publicationspatent datirt, doch ist anderweit unzweifelhaft, dass diese Processordnung aus dem Jahre 1533 stammt. Das Gesetz ist wie alle Landrechtsordnungen dieser Zeit ungemein kurz und ordnet lediglich die Hauptpunkte, ohne von dem Gange des Processes eine vollkommen deutliche Vorstellung zu gewähren. Vgl. Schenk, Uebersicht des österr. Civilprocessrechtes im XVI. Jahrh. S. 119.

[20]) Steir. L. R. O. a. a. O. S. XIII.

in der Weise durchgeführt, dass die beiden Parteien den Inhalt ihres mündlichen Vorbringens vor dem ersten Richter bei der Aufrichtung der Appellation schriftlich zusammenfassen. Eine Modification erleidet dieses Verfahren aber im steirischen Processe dadurch, dass zur Controle jener schriftlichen Fixirung zwei „Gedenkherren" aufgestellt werden, welche die Bestimmung haben, als unparteiische Zeugen des ganzen Vorganges vor der ersten Instanz zu dienen. Diese Gedenkherren werden nach der citirten Landrechtsordnung wahrscheinlich von den Parteien gewählt und jedenfalls dem Kreise der bei der Verhandlung anwesenden Gerichtsbeisitzer entnommen. Stimmen die Parteien bei der Aufrichtung der Appellation über den Inhalt des mündlichen Vorbringens in der ersten Instanz nicht überein, so haben zunächst die von ihnen gewählten Gedenkherren zu entscheiden. Entsteht auch zwischen diesen ein Streit, so hat der Landeshauptmann unter Zuziehung von mindestens vier Beisitzern, welche bei der Verhandlung zugegen gewesen sind, darüber zu erkennen, was als Inhalt der mündlichen Verhandlung in die Berufungsschriften der Parteien aufzunehmen ist. [21])

[21]) Die sehr interessanten Vorschriften, welche dies alte Gesetz über den wichtigen Vorgang der „Aufrichtung der Appellation" gibt, lauten im Wesentlichen: „. . . . . Vnnd sollen solch Dingnüss (d. i. die Appellation und deren Rechtfertigung) aus beder Redner mundt aufgericht werden vnd Ir yeder was Er also aufricht sein Parthey ehe hören lassen. Nach malls sollen sy bede schrifften jren Gedennckhern fürbringen, damit sy auch sechen, das die sachen nicht annders, dann wie in Recht fürkhomen gestellt werden. Ob sich aber die Redner darjnn nicht vergleichen, vnnd die Gedennckher darjnn auch nit ainhellig sein wurden. Alssdann sollte der Haubtmann oder Verweser, vnd vier Beysitzer erklärung darjnn thun, Aber vnnder vier Beysitzern, soll dieselb erklärung nit beschechen, der Beysitzer mögen aber auch woll mer dartzue genommen werden, so man die gehaben mag." Das in diesem Gesetze normirte Verfahren verdient um seiner grösseren Sicherheit und Verlässlichkeit willen gewiss den Vorzug vor der analogen Einrichtung des französischen Processes, wo der Vorsitzende allein ohne Zuziehung der übrigen Gerichtsbeisitzer die endgiltige Entscheidung über den Inhalt des mündlichen Vorbringens zu treffen hat.

Wir sehen also, dass schon der älteste steirische Process sich sowohl über das Princip der Ausschliessung von Neuerungen in der zweiten Instanz, als auch über die Mittel zur Durchführung dieses Princips vollständig klar gewesen ist.

Durch dieselben Verfahrungsarten, wenn auch in sorgfältigerer Ausführung, wird das Problem auch „in Ainer Ersamen Landschafft des Löblichen Fürstenthumbs Steyr New verfasten Reformation des Landts vnd Hofrechts daselbst Im 1574 Jar auffgericht“ [22]) gelöst, welches Gesetz an dem mündlichen Verfahren im Wesentlichen (Art. 66) festhält. Dasselbe bestimmt ausdrücklich (Art. 75), dass die Vertreter der Parteien „inn auffrichtung der Appellation schriften mehreres nit, als inn Gericht fürkümmen, einbringen vnnd sich aller newerung gäntzlich enthalten“. Der Vorgang bei der Aufrichtung der Appellation ist in den Hauptpunkten mit jenem nach der älteren Landrechtsordnung identisch und wird jetzt auch erwähnt, dass die Parteien und ihre Gedenkherren bei Fixirung des mündlichen Vorbringens vor dem ersten Richter das Protokoll des Gerichtsschreibers, dann die Adnotate der Gerichtsbeisitzer und der Parteienvertreter über den Gang der mündlichen Verhandlung zu Rathe ziehen sollen. [23]) Auch ist in dem Gesetze nunmehr ausdrücklich verordnet, dass die Parteien ihre Gedenkherren aus der Zahl der Gerichtsbeisitzer zu entnehmen und diese Wahl sofort nach Einlegung der Appellation zu vollziehen haben. [24])

---

[22]) Die steirische Landrechtsordnung vom 24. Dec. 1574 ist verhältnissmässig das vollständigste Processgesetz, welches in den österreichischen Landen vor der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 kundgemacht worden ist. Das Gesetz zerfällt in 81 ziemlich umfangreiche Artikel, welche mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet sind. Ich benütze hier die im Jahre 1575 (wahrscheinlich in Graz) erschienene Ausgabe, welche in der Wiener Universitäts-Bibliothek die Bezeichnung *jus. cir. aust.* III, 52 führt.

[23]) L. R. O. Art. LXXV.

[24]) L. R. O. a. a. O.

Die Vorschriften, welche die steirische Landrechtsordnung vom Jahre 1574 über die Neuerungen in zweiter Instanz aufstellt, erscheinen in „des löblichen Fürstenthums Steyer Gerichtsordnung“ vom 30. März 1622 [25]) fast wörtlich wiederholt. [26]) Da dieses Gesetz meines Wissens bis zur Einführung der A. G. O. gegolten hat, so erscheint also im steirischen Process, obgleich derselbe das Princip der Mündlichkeit consequent festgehalten hat, das *beneficium novorum* in zweiter Instanz seit den frühesten Zeiten ausgeschlossen.

Obwohl dieser Darstellung zufolge die steirischen Gesetze über unsere Frage vollständig klar und unzweideutig sind, so scheint sich doch die Rechtsanwendung gerade in Beziehung auf unsere Frage vielfach von dem strengen Wortlaute des Gesetzes entfernt zu haben. Die Ausschliessung der Neuerungen in zweiter Instanz setzte augenscheinlich voraus, dass die schriftliche Fixirung des mündlichen Vorbringens vor dem ersten Richter, welche die Parteien oder das Gericht bei der Aufrichtung der Appellation vorzunehmen hatten, auch mit der gehörigen Umsicht und Genauigkeit erfolge, weil sonst die Gefahr vorhanden war, dass den Parteien im Berufungsverfahren der Spielraum für die Durchsetzung ihrer Rechte in Vergleich mit der ersten Instanz nicht nur nicht erweitert, sondern sogar noch erheblich geschmälert werde. War dagegen die Aufrichtung der Appellation mit geringerer Sorgfalt verfasst worden, welcher Fall gewiss nicht selten eintrat: so musste bei den Parteienvertretern wie auch bei dem

---

[25]) Die Landrechtsordnung vom 30. März 1622 ist eine nur in wenigen Punkten modificirte Ausgabe der Landrechtsordnung vom 24. Dec. 1574, welche Ferdinand II. nach Inhalt der Vorrede auf Anrathen der Stände deshalb erliess, weil „anzeigte Reformation, in etlichen Artickeln etwas unlauter und missverständig, auch sonsten zu reformieren und zu erklären, wie nicht weniger mit mehrern Artickeln zu verbesseren, vonnöten hatte“. Ich benütze die Ausgabe, welche von der Landrechtsordnung in Gratz 1761 erschienen ist. (*Bibl. Univ. Vind. jus. civ. aust.* III, 110.)

[26]) L. R. O. Art. LXIII.

Gerichte das natürliche Streben entstehen, die in der ersten Instanz begangenen Fehler im Berufungsverfahren nach Möglichkeit wieder gut zu machen. Dieses Streben musste insbesondere in steierischen Rechtssachen hervortreten, da diese nach dem Zeugniss Beckmann's auch in zweiter Instanz von der niederösterreichischen Regierung als gemeinsamem Appellhofe der innerösterreichischen Lande mündlich verhandelt wurden, während die Rechtsstreite aus den übrigen innerösterreichischen Provinzen an jenen Gerichtshof lediglich in schriftlicher Form gelangten. „Alle Steyrischen Appellationsprocess," sagt Beckmann, *Idea* S. 24, „werden regulariter vor der hochlöblichen Regierung von den Advocaten *pro* und *contra* in dero Vorträge und Schlussrede mündlich proponieret und nach der Advocaten Rechtssatz regulariter decidieret: Die Appellationsprocess aber, so auss Kärnten, Krain, Görtz, Triest, St. Veith etc. zu der hochlöbl. Regierung kommen, werden regulariter alle schriftlich übergeben, und von Ihre hochgräfl. Excellentz dem Herrn Stadthalter, denen Herren Räthen zu referieren gegeben, und wenn das Referat vom Herrn Referendario *in pleno* erstattet, wird hierüber von denen sämmtlichen Herren Räthen votieret und *juxta majora* sententionieret. *In hoc appellatorio judicio Stiriaco* ist dieses zu observieren, dass, wenn die streitenden Partheyen, ein Steyrischen Appellationsprocess mündlich vortragen, so heisset es bei ihnen gemeiniglich: *non probata probabo, non deducta deducam.*" Doch wurde diese Praxis in Hinblick auf den klaren Inhalt des Gesetzes wohl immer als ein gesetzwidriger Missbrauch angesehen, und auch Beckmann kann dieselbe an einer anderen Stelle nur dadurch rechtfertigen, dass im mündlichen Appellationsverfahren Neuerungen thatsächlich nicht leicht vermieden werden können, auch wenn der Gegner dagegen feierlich Verwahrung einlegt. (Beckmann, *Idea juris* S. 23.)

Im Wesentlichen von denselben Principien wie der steirische Process gingen ohne Zweifel auch die Gerichtsordnungen aller übrigen Provinzen aus, von welchen die

Appellation an die niederösterreichische Regierung ging. Die mir vorliegende „New aufgerichte Landtsrechtsordnung des Ertzhertzogthumbs Kärndten“ vom 1. Juni 1577 [27]) Art. 16 ist wenigstens nichts als eine fast wörtliche Wiedergabe der betreffenden Stellen der steirischen Landrechtsordnung vom Jahre 1574. Nur darin bestand zwischen dem Processrechte Steiermarks und der übrigen Provinzen allerdings ein erheblicher Unterschied, dass die steirischen Appellationssachen, wie ich bereits oben bemerkt habe, auch in der zweiten Instanz mündlich plaidirt wurden, während aus den anderen Provinzen an die niederösterreichische Regierung lediglich die schriftlichen Appellationsaufrichtungen überreicht wurden.

Nicht so klar ist das Verhältniss, in welchem das tyrolische Landesrecht zu der hier behandelten Frage steht. Gewiss ist, dass die Appellation in tyrolischen Rechtssachen nicht an die niederösterreichische Regierung ging, sondern dass die Processe dieses Landes auch in zweiter Instanz von provinziellen Appellationsgerichten entschieden wurden, so dass das Verfahren bei der niederösterreichischen Regierung keinen Rückschluss auf die Einrichtung des tyrolischen Appellationsverfahrens gestattet. Doch dürfte die etwas dunkle Bestimmung der beiden Landesordnungen von 1532 und 1573 [28]), dass bei Aufrichtung der Appellation „das Fürnemen (die Vorträge der Parteien?) vnd die Vrsachen der Vrtail in die Acta und den Process eigentlichen

---

[27]) Das Gesetz ist vom Erzherzog Carl erlassen und deutet im Kundmachungspatent auf eine frühere Landrechtsordnung hin, welche eben durch die „new aufgerichte Landtsrechtsordnung“ ersetzt werden soll. Es zählt 43 mit fortlaufenden Zahlen bezeichnete, ziemlich umfassende Artikel. Mir liegt die officielle Ausgabe, Gräz 1578, vor (*Bibl. Univ. Vindob. jus civ. austr.* II, 29).

[28]) Die beiden tyrolischen Landesordnungen vom 26. April 1532 und 14. Dec. 1573 sind nicht wie die bisher angeführten Gesetze blosse Processordnungen, sondern sie sollen (beide in neun Büchern) das gesammte Civil-, Straf- und öffentliche Recht umfassen. Mit dem Civilprocess beschäftigt sich in beiden Gesetzen das ganze zweite Buch. Ich benütze von

gesetzt, darmit die Vrtailen dester fürderlicher in den Gedingen erledigt werden mögen“, wohl hieher zu beziehen sein[29]) und auf die Ausschliessung der Nova in zweiter Instanz hindeuten.[30])

Der Rechtszustand der sämmtlichen deutsch-österreichischen Provinzen mit Ausnahme von Böhmen und seinen ehemaligen Nebenländern lässt sich daher für die Zeit vor Erlassung der allgemeinen Gerichtsordnung in folgende Sätze zusammenfassen. Die Vorführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in zweiter Instanz ist unzulässig. Diese Regel wird von der Rechtsübung in Betreff der Rechtssachen eines einzelnen Kronlandes, welche auch in zweiter Instanz mündlich verhandelt werden, in Folge technischer Schwierigkeiten in einer gewissen Ausdehnung thatsächlich nicht beobachtet, ohne dass jedoch diese Praxis jemals gesetzliche Anerkennung gefunden zu haben scheint.

Im Gegensatze zu diesem Rechtszustande, welcher sich in den ausserböhmischen Kronländern mit grosser Gleichförmigkeit entwickelt hat, erscheint in Böhmen und seinen früheren Nebenländern das gemeinrechtliche *beneficium novorum* in der Appellationsinstanz[31]) von Altersher, zum

dem ersten Gesetze die Ausgabe, welche mit dem Privilegium Königs Ferdinand I. der „getrewe liebe Jakob Franckfurter, der Rechten Doctor“ besorgt (*Univ. Vind. jus civ. aust.* II, 92), von dem zweiten die Ausgabe des „getrewen lieben Hannsen Ernstinger“ (*Univ. Vind. jus civ. aust.* II, 84).

[29]) Landesordnung von 1532 u. 1573, Buch II, Art. 58.

[30]) Mit der im Text angenommenen Meinung scheint die „Cammergerichtordnung zu Insprugk“, III, Tit. 14 (Johann Jacob Weingarten, *Fasciculi diversorum jurium,* Nürnberg 1690, Bd. 1, S. 165 ff.) im Widerspruch zu stehen, da dieses Gesetz im engen Anschluss an die deutschen Kammergerichtsordnungen die Einführung neuer Thatsachen und Beweismittel in unbeschränktem Umfange gestattet; doch darf nicht übersehen werden, dass das Kammergericht in Innsbruck auch als Appellationsinstanz für die vorderösterreichischen Lande fungirte (Th. II, Tit. 2), in welchen Gebieten das *beneficium novorum* in seinem gemeinrechtlichen Umfange wohl niemals die Geltung verloren hatte.

[31]) Zur Entscheidung der Appellationen bestand in Prag ein „Appellationsrat“, welcher die Rechtssachen aus Böhmen und seinen Nebenländern

Mindesten aber seit der verneuerten Landesordnung vom Jahre 1627 angenommen. Die verneuerte Landesordnung (C. I) hebt zunächst das in Böhmen früher üblich gewesene mündliche Verfahren vollständig auf und setzt an dessen Stelle ein rein schriftliches Verfahren, welches in vielen Punkten dem heutigen österreichischen Civilprocesse zu Grunde liegt. In Ansehung unserer Frage wird zwar in dem Gesetze keine ausdrückliche Bestimmung getroffen, doch schreibt das Gesetz vor (C. XXXVIII), dass in der ersten Instanz neue Thatsachen und Beweismittel nach der für die Production derselben gesetzlich bestimmten Frist nur dann vorgeführt werden dürfen, wenn der Producent einen in dem Gesetze näher bestimmten Calumnieneid ablegt. Die fragliche Stelle der verneuerten Landesordnung lautet folgendermassen:

„Vnd ob wol zur Verhüttung allerhand Confusion vnd Weitleufftigkeiten eine jede Parthey seine Zeugen vnd Rechtsinstrumenten (darmit sie Ihre intention zu erweisen vermaint) bey denen Schrifften anziehen vnd keines, darvon jhnen bewust, auszlaszen sol, Auch ein gewisser terminus zu producierung solcher Zeugen vnd Instrumenten bey einer jeden Schrifft bestimbt worden; Jedoch wan sie etwan zu Beweisung derer in ihren Schrifften gesezten Artikuln newe Zeuge in Erfarung brechten, oder auch newe Instrumenta fünden, vnd entweder mit einem Aid erhielten, dasz sie solche Zeugen oder Instrumente erst von newem erfahren oder gefunden, vnd dasz sie dieselben nicht calumniose vnd zur Verlengerung der Sach vorbrechten oder solches sonst genugsamb vnd also bescheinigten, dasz das

in zweiter Instanz entschied. (Vergl. L. O. F. LXXIII. Declar. zur V. L. O. Dd. VIII.) Als dritte (Revisions-) Instanz fungirte vor der verneuerten Landesordnung ein Gerichtshof in Prag, das s. g. Kammerrecht (F. XXXIX ff., F. LXXIII), seither aber wurden die Revisionssachen unmittelbar von dem König in Böhmen unter Zuziehung von neun der obersten Justizräthe entschieden (F. LXXV, LXXXII). Gegen Urtheile des Prager Landrechtes gestattet die verneuerte Landesordnung nur die Revision an den König, so dass in diesem Falle nur zwei Instanzen offen standen. (F. LXXV.)

Gegentheil oder dessen Procurator nichts erhebliches auffzubringen: So mögen obberürte Zeugen vnd Instrumenta (wan sie gleich in denen Schrifften nicht benent) bisz nach eingebrachter *Duplica* vnd Verlauf der Zehen Tag, so bisz zu Publicierung der Zeugen eingesetzt, produciert werden. Welches dan gleicher massen stat hat, wan ein Zeuge ausser Landes oder sonst dergleichen vorfiehle, daran der producent keine Schuld hette."

Augenscheinlich lag es sehr nahe, aus dieser strengen Behandlung der Neuerungen in der ersten Instanz auf ein ähnliches Verhältniss in der zweiten und dritten Instanz zu schliessen, wie ich denn oben selbst in mehreren Fällen dieselbe Schlussfolgerung gezogen habe. Dieser Schluss wurde in der That in dem königlichen Appellationsgutachten wegen Combinirung der königlichen Stadtrechte [32]) mit der verneuerten Landesordnung vom 14. Dec. 1641 [33]) gemacht, welches sich über die Zulässigkeit von Neuerungen in zweiter Instanz folgendermassen ausspricht:

„Dasz in bemeldete beede Instantien — der Appellation und der Leuteration — (wie solches herbevor auch jederzeit observieret worden) keine weiteren *probationes* zulässig sein sollen: es wäre dann, dass allererst nach publicierten Urthel ein neues Instrument oder neue unverhoffte Zeugen, von einer oder der anderen Part in Erfarung gebracht würden, *argumento* dessen so in vorallegierten König-

---

[32]) Die böhmischen Stadtrechte enthalten in dem Abschnitte über die Appellation (C. 4 ff.) keine Bestimmung über unsere Rechtswohlthat und wurden in Folge dessen in den städtischen Gerichten wohl die römisch-canonischen Vorschriften darüber beobachtet, während in den Gerichten, für welche das Verfahren der verneuerten Landesordnung galt, in Betreff unserer Frage wohl seit jeher die Analogie der im C. XXXVIII enthaltenen Bestimmung in Anwendung gebracht wurde. Das im Texte citirte Gesetz hatte augenscheinlich den Zweck, diesen ungleichförmigen Rechtszustand zu beseitigen.

[33]) Johann Jacob Weingarten, *Codex Ferdinandeo-Leopoldino-Josephino-Carlinus*, Prag 1720. S. 217—221. Die citirte Stelle ist im zweiten Absatze des Appellationsgutachtens enthalten.

lichen Landes-Ordnung C. 38 heilsamlich statuieret ist, damit dergestalt die arme Partheien nicht gar zu lang aufgezogen und umgetrieben, noch *lis ex lite* erweckt oder gar *immortalis* gemacht werde, welches da in gedachten Instantien neue *probationes* und Zeugenführungen admittiret werden solten, unfehlbar würde erfolgen müssen.“

Es ist klar, dass durch diese Bestimmungen des königlichen Appellationsgutachtens das *beneficium novorum* im Vergleich zu dem römischen Recht, zu der deutschen Reichsgesetzgebung, ja sogar zu der verneuerten Landesordnung selbst sehr erheblich eingeschränkt wurde. Denn der Appellationseid, welchen der Appellant nach dem J. R. zu schwören hat, lautet dahin, „dass er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens nicht Wissenschaft gehabt oder solches dermalen nicht einbringen können oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet habe“. Nach dem königlichen Appellationsgutachten darf der Appellant in der Berufungsinstanz nur dann neue Thatsachen und Beweismittel vorführen, wenn er von denselben während der Verhandlung vor dem ersten Richter keine Kenntniss gehabt, nach dem J. R. A. sind dagegen Neuerungen in der zweiten Instanz überdies auch zulässig, wenn der Producent sie in dem ersten Verfahren aus einem anderen Grunde als dem der Unkenntniss nicht zu benützen vermocht, ja selbst wenn er deren Vorführung für seine processualischen Zwecke nicht dienlich erachtet hat. Auch die verneuerte Landesordnung gestattet an der citirten Stelle die nachträgliche Anführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in allen Fällen, wo der Producent an der verspäteten Production ausser Verschulden ist, und führt deshalb nicht zu jenen Consequenzen welche, das königliche Appellationsgutachten aus derselben für das Berufungsverfahren zu ziehen scheint. Ohne Zweifel hat zu jener durchgreifenden Einschränkung der Neuerungen in der zweiten Instanz der in den übrigen österreichischen Provinzen herrschende Rechtszustand beigetragen, wie sich

denn auch nicht leugnen lässt, dass das *beneficium novorum* in dieser engen Begrenzung zum grossen Theile nicht die Bedenken erregt, welche der schrankenlosen Zulassung von neuem Beweismaterial in den höheren Instanzen sonst entgegenstehen.[34])

In dieser beschränkten Geltung erhielt sich das *beneficium novorum* in Böhmen bis in die spätere Zeit, wie es scheint bis zur Erlassung der A. G. O. In den späteren Gesetzen, welche das Appellationsverfahren regeln, z. B. in der königlichen Appellationsinstruction für Böhmen, Mähren und Schlesien vom 26. Nov. 1644[35]), wird desselben nicht ausdrückliche Erwähnung gethan, vielmehr die fortdauernde Geltung des königlichen Appellationsgutachtens in Böhmen vorausgesetzt. Was dagegen die beiden ehemaligen böhmischen Nebenländer, nämlich Mähren und Schlesien, betrifft, so liegt mir aus dieser Zeit nur ein schlesisches Gesetz über unsere Frage vor, während ich über das Verhältniss des mährischen Landesrechtes zu dem *beneficium novorum* kein bestimmtes Zeugniss aufzufinden vermochte.[36]) Das oben erwähnte königliche Appellationsgutachten hatte lediglich den Zweck, eine Anzahl von Zweifeln und Widersprüchen zwischen der verneuerten böhmischen Landesordnung und den böhmischen Stadtrechten

---

[34]) In der dritten (Revisions-) Instanz wird die Einführung von neuem Beweisstoff durch die verneuerte Landesordnung vollständig ausgeschlossen (F. LXXXII). In dem Revisionspatente vom 9. August 1688 (bei Weingarten, böhmische Stadtrechte, Prag 1688, im Register) wird das Verbot des neuen thatsächlichen Vorbringens in der Revisionsinstanz wiederholt.

[35]) Codex Weingarten, S. 240.

[36]) In der verneuerten Landesordnung für das Markgrafthum Mähren vom 10. Mai 1628 wird die Appellation nur einmal ganz beiläufig erwähnt (Fol. 192 b der offic. Ausgabe), ohne dass über die Gestaltung des Rechtsmittels im Einzelnen ein Aufschluss gegeben wird. Da jedoch das königliche Appellationscollegium in Prag auch für Mähren als Berufungsinstanz fungirte (oben Note 31), so lässt sich wohl annehmen, dass in Anschung beider Länder dieselben Grundsätze beobachtet wurden. Rücksichtlich des Rechtsmittels der Revision enthält die mährische Landes-

zu beseitigen, es konnte daher auf Mähren und Schlesien schon nach der Absicht der Verfasser keine Anwendung leiden. In Schlesien erhielt sich daher das *beneficium novorum* in dem weiten Umfange, in welchem dieses Rechtsmittel durch die justinianische Compilation ausgebildet erscheint. Erst durch das königliche Appellationspatent für Schlesien vom 26. Sept. 1674, Abs. 2 [37]) wurde die Rechtswohlthat in ähnlicher, wenn auch minder durchgreifender Weise eingeschränkt, wie dies in den eigentlich böhmischen Landestheilen bereits durch das königliche Appellationsgutachten geschehen war. Das königliche Appellationspatent für Schlesien sagt nämlich:

„. . . . Damit auch so viel möglich die Administration der heilsamen Justiz befördert, allen gefährlichen Umtrieb gesteuert und denen biszhero verspührten Miszbrauchen der Weg verschränket werden möchte, haben Wir das *ex Jure communi* sonsten frei zu gebrauchen bevorstehende *Beneficium deducendi non deducta et probandi non probata* dahin allergnädigst restringieret, dasz künftig keine neue Zeugenführung und *instrumenta in processu secundae instantiae* statthaben sollen, es wäre dann Sach, dass sowohl Appellans als der Advocat *per iuramentum calumniae* behaupten, dasz sie derley Zeugenführung ohne Gefährde einwenden oder von denen *noviter productis instrumentis in prima instantia* nichts gewuszt oder da sie davon gewuszt gehabt, solche gleichwol dazumal nicht zu Handen bringen können.“

Die citirte Gesetzesstelle ist nicht ganz correct gefasst, da sie neben den zwei Fällen, wenn die Partei den neuen Beweis bei der Verhandlung in der ersten Instanz nicht kannte oder denselben nicht anzuführen vermochte, ganz

---

ordnung (Fol. CIV—CVIII) ausführliche Vorschriften, die mit den entsprechenden Bestimmungen der böhmischen Landesordnung fast wörtlich übereinstimmen. Insbesondere setzt das mährische Gesetz (Fol. CVII) fest, dass in der Revision lediglich nach den Acten der unteren Instanzen gesprochen werden soll.

[37]) Codex Weingarten, S. 407.

im Allgemeinen und zwar in erster Reihe den Mangel an Gefährde als hinreichenden Entschuldigungsgrund für die Vorführung von neuem Beweismaterial in zweiter Instanz anführt. Denn wenn es wirklich hinreicht, dass der Zeugenführer neue Zeugen ohne Gefährde anbietet, so brauchten die beiden anderen Fälle nicht besonders genannt zu werden, da dieselben schon an und für sich eine gefährliche Absicht des Beweisführers ausschliessen. Der Sinn jener Gesetzesstelle kann also nur sein, dass die Vorführung von Neuerungen in der Berufungsinstanz blos dann zulässig ist, wenn der Mangel chicanöser Gesinnung bei Anbietung der Nova sich daraus ergibt, dass der Beweisführer von der Existenz derselben in der ersten Verhandlung keine Kenntniss hatte oder doch an deren Production aus anderen Gründen thatsächlich verhindert war. Auch nach dieser einschränkenden Deutung war aber der Rechtswohlthat der Neuerungen durch das schlesische Appellationspatent ein weiterer Spielraum als nach altböhmischem Processrecht gesichert, da in Schlesien Neuerungen auch dann in zweiter Instanz angeboten werden konnten, wenn der Appellant dieselben dem ersten Richter aus anderen Gründen als dem der mangelnden Kenntniss nicht vorzulegen im Stande war. Im Vergleiche mit dem gemeinen deutschen Processe ist dagegen unsere Rechtswohlthat im schlesischen Rechte erheblich eingeengt, da in Schlesien die Production von neuem Beweisstoff im Berufungsverfahren ausgeschlossen war, wenn der Beweisführer die Thatsachen in der ersten Instanz nur deshalb nicht benützt hatte, weil er dies seinen processualischen Zwecken für entsprechend hielt.

Der gesammte Rechtszustand der deutsch - österreichischen Länder in Ansehung unserer Frage lässt sich daher in folgende Sätze zusammenfassen. In den ausserböhmischen Kronländern war die Vorführung von neuem Beweisstoffe im Berufungsverfahren unbedingt ausgeschlossen. In Böhmen und seinen vormaligen Nebenländern war zwar die Rechtswohlthat der Neuerungen von Altersher

angenommen, doch war der Umfang ihrer Anwendung in den einzelnen Landestheilen verschieden.

Dieser Gegensatz wurde in dem ersten umfassenden Processgesetze für die deutschösterreichischen Kronländer: der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, aufgehoben, indem dieses Gesetz für die gesammten erbländischen Provinzen die Auffassung der innerösterreichischen Länder adoptirte. Die A. G. O. (§. 257) bestimmt nämlich, dass in der Appellationsbeschwerde weder ein anderer Geschichtsumstand noch ein anderes Beweismittel angeführt werden soll, als jene, worüber bei der ersten Instanz gesprochen worden ist; wenn dennoch dawider gehandelt würde, soll auf eine solche Neuerung keine Rücksicht getragen werden. Diese Vorschrift überging wörtlich gleichlautend in den §. 333 der westgalizischen Gerichtsordnung vom 19. December 1796. Auch das Hofkanzleidecret vom 18. October 1845 über das summarische Verfahren, welches die der allgemeinen und der westgalizischen Gerichtsordnung eigenthümliche starre Strenge in der Durchführung des Eventualprincips wenigstens in Ansehung des Verfahrens vor der ersten Instanz so erheblich milderte (§. 25), hat doch an der Ausschliessung der Neuerungen in dem Berufungsverfahren festgehalten. Ebenso untersagt das neueste österreichische Processgesetzbuch: die ungarische Civilprocessordnung vom 16. September 1852, welche jenen milderen Principien des summarischen Verfahrens ein erweitertes Gebiet der Anwendung eröffnet hat (§. 46 C. P. O.), die Vorführung von neuem Beweisstoff bei der Appellation gegen Urtheile (§. 326 C. P. O.) und gestattet nur bei der Berufung gegen Interlocute (Recurs) die Benützung von neuen Umständen und Beweismitteln, wenn das Interlocut ohne Vernehmung des Beschwerdeführers auf einseitiges Gesuch des Gegners erfolgt ist. (§. 312 C. P. O.)[38]) Erst die neuesten Entwürfe

[38]) Im Verfahren ausser Streitsachen mit Ausschluss des Grundbuchsverfahrens ist nach österreichischem Recht die Anführung neuer Umstände und Beweismittel im Recurse zulässig (§. 10 des Pat. vom 9. August 1854).

einer Civilprocessordnung (Regierungsvorlage von 1867 und Entw. des Abgeordnetenhauses von 1869 §. 666) haben mit dieser uralten Tradition des österreichischen Processes gebrochen und bestimmen, dass der Rechtsstreit vor dem Berufungsgerichte so weit von Neuem verhandelt wird, als innerhalb der gestellten Begehren die geltend gemachten Beschwerden dazu Veranlassung geben, dass folglich die Parteien hiebei, sofern das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen können. Da jedoch in dieser wie in anderen Beziehungen der Einfluss des französischen Rechtes auf die österreichischen Entwürfe sichtbar ist, so werden diese passender in dem folgenden Paragraph Erwähnung und Erörterung finden.

§. 5.

Das französische Recht und seine Nachbildungen.

In dem vorigen Paragraph haben wir gesehen, dass das österreichische Recht in Beziehung auf das Rechtsmittel der Neuerungen in den höheren Instanzen ursprünglich in den landschaftlichen Processrechten sehr verschiedene, von widersprechenden Principien beherrschte Bildungen aufweist, dass jedoch die neuere österreichische Gesetzgebung sich für die Concentration des gesammten thatsächlichen Stoffes in der untersten Instanz entschieden und dieses Princip mit grosser Energie und Consequenz durchgeführt hat. Ein entgegengesetzter Entwicklungsgang ist dagegen in der Gesetzgebung jenes Landes wahrzunehmen, dessen bürgerliches Rechtsverfahren theils durch seine inneren Vorzüge, theils aber auch durch zufällige politische Conjuncturen für die Civilprocessgesetzgebung der meisten

---

In dem Grundbuchsverfahren ist dagegen unsere Rechtswohlthat ausgeschlossen (Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871, §. 126).

europäischen Länder in hohem Masse bestimmend geworden ist. Auch in den älteren Provinzialrechten Frankreichs wirken in Beziehung auf unsere Frage zwei heterogene Strömungen gegen einander, indem ein Theil der landschaftlichen Rechte die Anführung von Neuerungen in den höheren Instanzen ohne Beschränkung zulässt, ein anderer dieselbe ebenso entschieden ausschliesst.[1]) Das Resultat dieses Kampfes ist jedoch — im Gegensatze zu dem Entwicklungsgang des österreichischen Civilprocesses — dahin ausgefallen, dass die französische Gesetzgebung für die zweite Instanz die Zulässigkeit neuen Vorbringens in unbegrenztem Umfange adoptirt, dagegen für die dritte (Cassations-) Instanz, welche sich nur als eine intensiv wie extensiv sehr beschränkte Ueberprüfung der Rechtsfälle darstellt, in der überwiegenden Anzahl von Fällen die Ausschliessung neuer Thatsachen und Beweismittel festgesetzt hat. Dem Plane der vorliegenden Schrift entsprechend will ich hier diesen Entwicklungsprocess nur seit dem Beginne des sechzehnten Jahrhunderts verfolgen, wo in Frankreich wie in Deutschland die Periode der unbewussten, gewohnheitsrechtlichen Rechtsbilduug abschliesst und eine reflectirende, mit Absicht reformirende Gesetzgebung ihren Anfang nimmt.

Schon in dem ältesten umfassenderen Processgesetze Frankreichs: der Ordonnance von Villers-Cotterets aus dem August 1539[2]), ist das römischrechtliche Princip der Zulässigkeit von Neuerungen im Berufungsverfahren, wenngleich mit einigen Abweichungen von den Bestimmungen der justinianischen Rechtsbücher durchgeführt. Nach diesem

[1]) Vorzüglich war der nach römischem Rechte lebende Süden Frankreichs der Zulassung von Neuerungen im Berufungsverfahren günstig, während der Norden, wo das coutumiäre Recht vorherrschende Geltung behielt, dem entgegengesetzten System huldigte. W. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, Bd. III, S. 551.

[2]) Die Ordonnance von Villers-Cotterets ist abgedruckt in Jourdan, Decrusy und Isambert *Recueil général des anciennes lois françaises*, Bd. 12, S. 600 ff.

Gesetze sind in dem Verfahren vor der ersten Instanz für die Beibringung der Beweise gewisse peremptorische Fristen festgesetzt, deren fruchtloser Ablauf den Ausschluss der säumigen Partei von der Benützung der Beweismittel zur Folge hat. (Art. 32 der Ord. v. Villers-Cotterets.) Die nachtheiligen Folgen dieser Versäumung können für die Instanz, wie es scheint, durch kein Rechtsmittel aufgehoben werden, und ist es den königlichen Justizbehörden insbesondere nach diesem Gesetze verboten, den säumigen Parteien die bis dahin üblichen Nachsichtsbriefe zu ertheilen (Art. 34 und 35). Dagegen ist es den Streittheilen allerdings nicht verwehrt, in der höheren Instanz noch neue Thatsachen und Beweismittel auf Grund solcher Nachsichtsbriefe anzuführen, und nur wenn sich herausstellt, dass diese Neuerungen blos aus Chicane beigebracht wurden, soll den Beweisführer eine entsprechende Strafe treffen. Der Art. 112 der Ordonnance von Villers-Cotterets sagt über diesen Punkt:

Nous voulons que les impétrans des lettres, pour articuler calomnieusement faicts nouveaux, s'il est trouvé, qu'ils ne servent à la décision du procès, seront condamnés envers nous en l'amende ordinaire du fol appel en nos cours souveraines et vingt livres parisis ès — inferieures et moitié moins aux parties et sous grosses si métier est comme dessus.

Principiell werden also in der Ordonnance von Villers-Cotterets Neuerungen im Berufungsverfahren zugelassen, und nur wenn der weitere Verlauf des Processes ergibt, dass sie für die Entscheidung dieses letzteren unerheblich waren, soll eine angemessene Ahndung für eine solche nutzlose Verzögerung eintreten.

Noch weiter geht die *Ordonnance civile touchant la reformation de la justice* vom April 1667, Tit. XI, art. 26 [3]), welche

[3]) Vgl. die Discussion zu diesem Art. in dem *Procès-verbal des conférences tenues pour l'examen de l'ordonnance civile du mois d'avril 1667* (Paris 1717) S. 134—135, und M. Jousse, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Civile,* Paris 1767, Bd. I. S. 269.

schon die Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel vor der Berufungsinstanz in unbegrenztem Umfange zulässt und dadurch für Frankreich den gegenwärtigen Rechtszustand in Ansehung unserer Frage vorbereitet. Die *Ordonnance civile* drückt sich hierüber folgendermassen aus:

„*Ne seront expédiées à l'avenir aucunes lettres pour articuler faits nouveaux, mais les faits seront posés par une simple requête, qui sera signifiée et jointe au procès, sauf au défendeur de répondre par autre requête.*"

Nach dieser Gesetzesstelle sollen also die Nachsichtsbriefe, welche noch nach der Ordonnance von Villers-Cotterets zur Anführung von Neuerungen nothwendig waren, in Zukunft nicht mehr herausgegeben werden, vielmehr steht es dem Appellanten frei, die neuen Thatsachen, welche er anführen will, mittelst eines einfachen Gesuches zu bezeichnen, und der Gegner hat nur das Recht, dieses Gesuch in einer Gegenschrift seinerseits zu beantworten. Auch die Strafe, mit welcher die Ordonnance von Villers-Cotterets die Anführung von unerheblichen Neuerungen im Berufungsverfahren bedroht, ist meines Wissens in die *Ordonnance civile* nicht aufgenommen worden. Damit ist die unbeschränkte Zulässigkeit neuen Vorbringens in der höheren Instanz klar festgestellt und der Charakter des Verfahrens in der höheren Instanz als eines völlig neuen Judiciums in einer unzweifelhaften Weise ausgesprochen.

In den Zeitraum zwischen der Erlassung der *Ordonnance civile* und dem Erscheinen des *Code de procédure* fällt meines Wissens kein Gesetz, welches für unsere Frage von Erheblichkeit wäre. Zwar wurde dem Verfahren vor dem königlichen Staatsrath, an dessen Stelle später der Cassationshof trat, durch die Ordonnance vom Jahre 1738 eine neue Gestalt gegeben; allein die Bestimmungen dieses Gesetzes, welche auf die Zulässigkeit neuen Vorbringens in der höchsten Instanz Bezug haben, befinden sich, wie überhaupt der grösste Theil jener Ordonnance, noch gegenwärtig in fortdauernder Geltung und werden deshalb am zweck-

mässigsten bei der Darstellung des heutigen Rechtes erwähnt und geprüft werden.

Welches ist aber die Stellung des heutigen französischen Rechtes zu der Frage, welche uns in dieser Abhandlung beschäftigt? In dieser Beziehung ist hier zuvörderst auf die kurze Skizze zurückzuverweisen, welche ich schon oben (§. 1 Note 6) von der gesammten französischen Instanzenordnung gegeben habe. Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass das französische Recht in Ansehung der Rechtsmittel zwei Gruppen von Rechtsstreiten unterscheidet: solche, welche nur von einer einzigen Instanz untersucht und durch Urtheil entschieden werden, gegen welches dann lediglich das Rechtsmittel des Cassationsrecurses an das oberste Tribunal offen steht, und in solche, welche durch das Rechtsmittel der Appellation mit der Wirkung angefochten werden können, dass die höhere Instanz die Rechtssache nochmals in thatsächlicher wie auch in rechtlicher Beziehung untersucht und auf Grund dieser Prüfung eine neuerliche Entscheidung trifft, welche sodann gleichfalls durch das Rechtsmittel des Cassationsrecurses angefochten werden kann. Da die Verschiedenartigkeit der Fälle, in welchen die Berufung und der Cassationsrecurs zulässig ist, in der Stellung dieser Rechtsmittel zu unserer Frage keinen Unterschied begründet, so lässt sich die oben aufgestellte Frage auch so formuliren: Wie weit kann nach heutigem französischen Rechte die Berufung und der Cassationsrecurs mittelst neuen thatsächlichen Vorbringens begründet werden?

Was zuvörderst die Zulässigkeit von neuem thatsächlichen Vorbringen in dem Berufungsverfahren betrifft, so hat das französische Civilprocessgesetzbuch vom Jahre 1806 in dieser Richtung die Principien der *Ordonnance civile* festgehalten. Mag die Berufung vor einem Gerichtshof erster Instanz oder einem Appelhof verfolgt werden: immer steht es beiden Theilen frei, vor dem Berufungsgerichte neue Thatsachen und Beweismittel zu benützen, auch wenn der Berufungskläger in der Lage gewesen wäre, dieselben

schon dem Richter erster Instanz vorzulegen.[4]) Das Berufungsverfahren wird eben von der französischen Gesetzgebung nicht als ein Mittel aufgefasst, welches lediglich den Zweck hat, Irrthümer des ersten Richters zu beseitigen, sondern es sollen durch jenes Rechtsmittel auch absichtliche oder unabsichtliche Missgriffe der Parteien in der Processführung vor dem ersten Richter gut gemacht werden.[5]) Doch ist es einigermassen befremdlich, dass jenes so ausserordentlich wichtige Princip der Zulässigkeit neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz, welches für die ganze Gestaltung des Verfahrens in den höheren Inztanzen von entscheidender Bedeutung ist, in dem *Code de procédure* nirgends mit Deutlichkeit ausgesprochen erscheint, vielmehr blos aus einzelnen beiläufigen Aeusserungen der französischen Gesetzbücher geschlossen werden kann. Der Art. 464 des *Code de procédure* sagt nur, dass eine Abänderung des Klagebegehrens in der zweiten Instanz regelmässig unzulässig sei; allein dass rücksichtlich des neuen thatsächlichen Vorbringens der entgegengesetzte Grundsatz gelte, ist in dieser Gesetzesstelle nicht mit hinreichender Bestimmtheit verordnet und kann aus derselben nur mittelst eines sehr gezwungenen *argumentum a contrario* gefolgert werden. Der Art. 2224 des *Code civil*, welchen man sonst noch für jenen Grundsatz anzuführen pflegt, setzt zwar fest, dass die Einwendung der Verjährung auch dann vor der Berufungsinstanz benützt werden kann, wenn deren Vorschützung vor dem ersten Richter unterlassen wurde; doch ist nirgends gesagt, dass die erst in zweiter Instanz gemachte Einrede der Verjährung nothwendig auf neuen Thatsachen beruhen muss, und es könnte deshalb jene Stelle

---

[4]) Vgl. hierüber Boitard a. a. O. Nr. 707.

[5]) So sagt z. B. Boitard a. a. O. Nr. 707 in dieser Richtung: *En effet, l'appel n'est pas seulement institué pour rectifier, pour corriger le tort ou l'erreur des premiers juges, il a aussi pour but de corriger, de rectifier les omissions ou les erreurs volontaires ou involontaires des parties.*

ganz wohl auf solche Fälle beschränkt werden, wo die thatsächlichen Grundlagen der Einrede bereits in erster Instanz gegeben sind, ohne dass jedoch die Partei diese Einwendung in der Verhandlung wirklich formulirt und dadurch dem Richter erster Instanz in Hinblick auf den Art. 2223 Cod. die Möglichkeit eröffnet hätte, dieselbe in seinem Urtheile entsprechend zu berücksichtigen. Trotz dieser mangelhaften gesetzlichen Grundlage ist aber der Grundsatz, dass auch in zweiter Instanz neue Thatsachen und Beweismittel eingeführt werden dürfen, durch seine allgemeine Anerkennung in der Theorie und durch seine tausendfältige Anwendung in der Praxis der Berufungsinstanzen als ein unzweifelhafter Theil des französischen Processrechtes zu betrachten. [6]) Und so bewährt sich hier neuerlich die so oft gemachte Bemerkung, dass aus dem *Code de procédure* eine vollständige lebendige Kenntniss des französischen Processrechtes nicht zu gewinnen ist, dass dieses Gesetz sich vielmehr lediglich als eine Novelle zu der Rechtsübung seiner Entstehungsepoche darstellt und noch heute in den wesentlichsten Punkten aus der französischen Gerichtspraxis ergänzt werden muss.

Ganz andere Grundsätze als die soeben für das Berufungsverfahren festgestellten gelten in dem Verfahren vor der Cassationsinstanz. Im Gegensatze zu den meisten obersten Gerichtshöfen Deutschlands ist der französische Cassationshof nicht sowohl zur Theilnahme als blos zur Beaufsichtigung der Rechtsprechung berufen, er übt, wenn ich mich so ausdrücken darf, in Civilsachen keine productive, sondern lediglich eine kritische Thätigkeit. Die Aufgabe, Civilsachen entweder in letzter Instanz oder unter Vorbehalt der Berufung materiell zu entscheiden, ist nach der französischen Gerichtsverfassung lediglich in die Hände

---

[6]) S. hierüber Boitard a. a. O. Nr. 707. Vgl. ferner Mittermaier, Der gem. deutsche bürgerl. Process etc. 3. Bd. (1823) S. 58—64, und Carré, *Lois de la procédure civile,* Brüssel 1849, Bd. 3, S. 480—482 Nr. 1676, welche auch entgegengesetzte Stimmen anführen.

der Friedensgerichte, der Gerichtshöfe erster Instanz und der Appellhöfe gelegt; der Cassationshof kann dagegen, selbst wenn er ein mittelst des Cassationsrecurses angefochtenes Urtheil vernichtet, keine neue Entscheidung an die Stelle der aufgehobenen setzen, sondern er hat lediglich das Recht, ein anderes Gericht zur meritorischen Entscheidung über die Streitsache anzuweisen.[7]) Eine weitere Beschränkung der Thätigkeit des Cassationshofes liegt darin, dass derselbe nur in gewissen, zum Voraus genau bestimmten Fällen seine kritische Wirksamkeit ausüben darf und dass er deshalb auch ungerechte Urtheile, sofern sie nicht unter die vom Gesetze bestimmten Kategorien fallen, zu cassiren nicht berechtigt ist. Die Gründe aber, um deren willen der Cassationshof die mittelst des Cassationsrecurses angefochtenen Entscheidungen aufheben und eine neuerliche Urtheilsschöpfung anordnen darf, werden von den französischen Processualisten auf folgende vier Kategorien reducirt. Der erste und wichtigste Cassationsgrund ist die Verletzung des Gesetzes, d. h. das angefochtene Urtheil muss einem ausdrücklichen Gesetze formell und direct widerstreiten, oder mit anderen Worten: es muss mit dem *jus clarum in thesi* in Widerspruch stehen.[8]) Ein weiterer Fall,

---

[7]) Diese Beschränkung der Entscheidungsgewalt des Cassationshofes steht mit der ursprünglichen Einrichtung dieses Tribunals im Zusammenhang, indem seine Functionen vor der Revolution von einer Abtheilung des königlichen Staatsrathes (*conseil de parties*), also einer rein administrativen Behörde ausgeübt wurden, welche zur Ausübung des Richteramtes in materieller Richtung schon durch ihre Zusammensetzung nicht berufen war. Sehr richtig umgrenzt Boitard den Wirkungskreis des Cassationshofes in folgender Weise: *La cour de cassation n'est pas juge du fond de l'affaire; par consequent, quand elle casse, elle met le jugement ou l'arrêt au néant sans y substituer un jugement, une décision, un arrêt nouveau; quand elle casse un jugement ou un arrêt, elle remet les parties au même état, où elles se trouvaient toutes deux avant ce jugement ou cet arrêt.*

[8]) Der Art. 3 des Decrets vom 27. Nov. 1790 sagt von dem Cassationshof: *Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.* Durch den Art. 66 der Constitution vom 22. Frimaire

in welchem ein Urtheil cassirt werden kann, ist dann vorhanden, wenn das Urtheil von einem incompetenten Gerichtshofe gefällt oder das Gericht durch die Urtheilsschöpfung sich eine Ueberschreitung des ihm durch die Organisation der staatlichen Behörden und die Natur des Richteramtes zugewiesenen Machtkreises (*excès de pouvoir*) zu Schulden kommen liess. [9]) Der dritte Cassationsgrund ist ferner die Ausserachtlassung solcher Formen, deren Beobachtung das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit gebietet [10]), und endlich viertens kann die Cassa-

Jahr VIII wurde der letzte Zusatz insofern geändert, dass schon jede *contravention expresse à la loi* (nicht *au texte de la loi)* zu einer Cassation Anlass geben kann. Vgl. hierüber Boitard a. a. O. Nr. 768.

[9]) Vgl. die Art. 77, 80 und 88 des Ges. v. 27. Ventose Jahr VIII. Der *excès de pouvoir* wird von den französischen Gesetzen und Schriftstellern als ein besonderer Cassationsgrund neben der Incompetenz hervorgehoben und umfasst alle Fälle, in welchen ein Gericht die grundsätzlichen Bestimmungen der Gesetze über die Zuständigkeit oder das Verfahren, z. B. die principiellen Vorschriften über die Competenz der Gerichts- und Administrativbehörden, das Princip des wechselseitigen Gehörs verletzt. Vgl. hierüber Boitard a. a. O. Nr. 769. Die Feststellung dieses sehr schwankenden und unbestimmten Begriffes ist deshalb von grosser praktischer Wichtigkeit, weil das Ges. vom 25. Mai 1838 den Cassationsrecurs gegen Urtheile der Friedensgerichte, soweit diese nach den bezüglichen Gesetzen (§. 1 Note 6) in letzter Instanz ergehen, nur in dem einzigen Falle zulässt, wenn sie einen *excès de pouvoir* begründen.

[10]) Das erste Gesetz, auf welchem dieser Nullitätsgrund beruht, ist das oben (Note 8) mitgetheilte Decret vom 27. Nov. 1790, Art. 3, wornach der Cassationshof alle Urtheile cassiren kann, in welchen die Processförmlichkeiten (*les formes*) verletzt wurden. Dieser Nullitätsgrund wurde durch die Constitution vom 22. Frimaire des Jahres VIII, Art. 66, dann durch das Gesetz vom 27. Ventose desselben Jahres, Art. 88, fast mit den nämlichen Worten bestätigt, so dass man annehmen könnte, dass die Verletzung jeder wie immer gearteten Processförmlichkeit die Grundlage der Cassation bilden könne. Doch werden die drei angeführten Gesetzbestimmungen von den französischen Processualisten wohl mit Recht einschränkend ausgelegt, indem dieselben nur solche Förmlichkeiten als tauglichen Cassationsgrund zulassen, deren Beobachtung das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit vorschreibt. Eine weitere Einschränkung hat die ausserordentlich umfassende Bestimmung der drei Gesetze dadurch erfahren,

tion auch ausgesprochen werden, wenn die unterliegende Partei nachweisen kann, dass von einem anderen Gerichte, jedoch zwischen denselben Streittheilen, in derselben Rechtssache und auf Grund derselben Behelfe ein widersprechendes Urtheil gefällt worden ist.[11])

Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass die Thätigkeit des französischen Cassationshofes den wichtigsten extensiven und intensiven Beschränkungen (§. 1) unterworfen ist. Seine Wirksamkeit ist in ihrem Umfang eine sehr begrenzte, indem das Gesetz aus der ungezählten Menge von rechtswidrigen Urtheilen, welche in der Rechtsübung vorkommen können, nur wenige besonders flagrante Fälle hervorhebt und zur Remedur durch das oberste Tribunal für geeignet erklärt. Dann aber übt der französische Cassationshof — und dieses ist die intensive Schranke seiner Wirksamkeit — auch rücksichtlich der ihm zugewiesenen Fälle nicht das Richteramt in seinem ganzen Umfange aus,

---

dass Theorie und Praxis die Cassation wegen Ausserachtlassung von Processvorschriften nur in jenen Fällen zulassen, wo die verletzte Partei die Beobachtung der bezüglichen Formvorschrift von dem Richter ausdrücklich verlangt hat und wo sich deshalb die Ausserachtlassung derselben als eine absichtliche Verletzung des Gesetzes darstellt. Im entgegengesetzen Falle wird in Gemässheit des Art. 480 des *Code de proc.* nur die *requête civile* zugelassen.

[11]) Aehnlich wie bei dem Cassationsrecurse wegen Ausserachtlassung wesentlicher Processförmlichkeiten concurrirt auch in diesem Falle mit der Beschwerde an das höchste Tribunal die *requête civile*, deren thatsächliche Veraussetzungen jedoch insofern einen Unterschied aufweisen, dass dieses Rechtsmittel nur dann zulässig ist, wenn derselbe Gerichtshof zwischen denselben Parteien auf Grund der nämlichen Behelfe in derselben Rechtsstreitigkeit verschiedenes Recht gesprochen hat. Boitard a. a. O. Nr. 771 drückt sich über diesen Cassationsgrund folgendermassen aus: *Si au contraire, la dernière de ces circonstances* (nämlich die Identität des rechtsprechenden Gerichtshofes) *manque, si les deux jugements successifs et contraires avaient été rendus dans la même cause, entre les mêmes parties, sur les mêmes moyens, mais par des cours ou par des tribunaux différents, il y aurait lieu contre le deuxième, non pas à la requête civile, mais bien au pourvoi en cassation: ainsi le décide formellement l'art. 504 du Code de procédure.*

er entwickelt vielmehr in Ansehung der ihm vorgelegten Rechtssachen lediglich eine negative, kritische Thätigkeit, die zu ihrem vollen Erfolge der Ergänzung durch die materielle Entscheidungsgewalt der unteren Instanzen bedürftig ist.

Dieser negative, kritische Charakter, welcher die Thätigkeit des französischen Cassationshofes eigenthümlich kennzeichnet, hat bewirkt, dass die Anführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in den Verhandlungen vor diesem obersten Tribunale den erheblichsten Einschränkungen unterliegt. Als feststehende Thatsache kann wohl gelten, dass der Cassationshof in dem wichtigsten Cassationsfalle, nämlich wenn ein Urtheil letzter Instanz wegen offenbarer Verletzung des Gesetzes angefochten wird, neue Thatsachen nicht berücksichtigen, neue Beweismittel nicht zulassen darf. Bei dem Mangel einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung scheint zwar auch dieser Punkt von einzelnen Gerichtshöfen und Schriftstellern bestritten worden zu sein; dennoch aber hat in der Theorie und Praxis die Ansicht überwiegende Geltung, dass die thatsächlichen Grundlagen eines Rechtfalles von dem in letzter Instanz urtheilenden Gerichtshofe erster Instanz oder Appellhofe endgiltig festgestellt werden, und dass das oberste Tribunal bei Beschwerden, welche auf dem ersten Cassationsgrunde beruhen, seiner Entscheidung die in den Urtheilsgründen der Vorinstanz niedergelegte Auffassung der Thatsachen zu Grunde zu legen hat.[12])

[12]) Der im Texte verfochtenen Ansicht liegt die Darstellung von Boitard a. a. O. Nr. 768 zu Grund. Eine entgegengesetzte Meinung hat Merlin in einem in den *Questions de droit* (4. Aufl. Brüssel 1829, Bd. 3, S. 434, vo. Communaux §. IX) mitgetheilten Plaidoyer vertheidigt, indem er behauptet, dass der Cassationshof bei Cassationsbeschwerden wegen Verletzung des Gesetzes — allerdings nur für eine bestimmte Art von Streitigkeiten — constant die Uebung befolgt hat, *d'entrer dans l'examen des faits déclarés par les jugemens soumis à sa censure suprême et qu'il a, sans hésiter, cassé tout ceux de ces jugemens dans lesquels il a reconnu des erreurs des faits démenties par des actes authentiques.* Die

Anders verhält sich dieses allerdings bei den drei anderen Gründen, welche das französische Recht als taugliche Grundlagen einer Cassationsbeschwerde erklärt. Obwohl aus den mir vorliegenden Schriftstellern über französisches Processrecht in Ansehung dieser Frage kein sicheres Resultat zu gewinnen ist, so glaube ich doch annehmen zu müssen, dass in jenen drei Fällen von den streitenden Parteien auch vor dem Cassationshofe neue Thatsachen und Beweismittel zur Begründung ihrer Cassationsanträge benützt werden können. In dieser Richtung halte ich es für unzweifelhaft, dass der Cassationskläger den vierten der oben angeführten Cassationsgründe durch Vorlage des Urtheils begründen kann, welches in derselben Rechtssache und auf Grund derselben Behelfe von einem anderen Gerichte geschöpft worden ist und das dessenungeachtet mit der durch den Cassationsrecurs angefochtenen Entscheidung im Widerspruche steht. Allein auch in den anderen zwei Fällen wird es sich nicht selten als Nothwendigkeit herausstellen, neue Thatsachen in der obersten Instanz zu constatiren, weil eben die Zulässigkeit von Cassationsbeschwerden, welche auf den drei letzten Gründen beruhen, nicht blos aus dem Gesetze, sondern auch aus den — oft sehr bestrittenen — Thatsachen des einzelnen Falles erkannt werden muss. Ob in einem besonderen Falle durch das Urtheil ein Gesetz direct verletzt worden ist, kann der oberste Richter immer auf Grundlage der in diesem Urtheile festgestellten Thatsachen beurtheilen; ob dagegen die unteren Instanzen zur Entscheidung competent waren, ob sie im Laufe des Processes die wesentlichen Formen beobachtet haben, endlich ob sie durch

---

Ansicht Merlin's wurde auch von dem Cassationshof in dem a. a O. S. 441—445 angeführten Urtheile adoptirt, doch wohl nur mit Rücksicht auf den Umstand, dass es sich bei jener Cassationsbeschwerde um eine Entscheidung handelte, welche nach der damaligen Gerichtsverfassung Frankreichs von gewählten und deshalb abhängigen Richtern zu Gunsten einer mächtigen Körperschaft ihres Wahlbezirkes geschöpft war.

ihre Entscheidung nicht mit dem Urtheile einer gleichberechtigten Gerichtsbehörde in Conflict getreten sind: alle diese Fragen sind nicht blos juristischer Natur, sie gehen auf das Materielle des streitigen Rechtsfalles ein und können deshalb nur durch eine Prüfung der betreffenden Thatsachen, insofern diese streitig sind, entschieden werden.

Die Bestimmungen des französischen Rechtes über unsere Frage, welche sich in die zwei Worte: „Unbeschränkte Zulässigkeit neuer Thatsachen in der Berufungsinstanz und beschränkte Zulässigkeit derselben in der Cassationsinstanz", zusammenfassen lassen, sind in zahlreiche Gesetzgebungen der neueren Zeit mit den durch die Natur der Verhältnisse gebotenen Modificationen übergegangen. Es kann nun meine Absicht nicht sein, an dieser Stelle alle Einwirkungen im Einzelnen zu verfolgen, welche das französische Processrecht auf die Gesetzgebungen so vieler Länder und Völker geübt hat. Hier sollen vielmehr nur jene Gesetze und Entwürfe Erwähnung finden, welche theils durch ihren inneren Werth, theils durch ihre nähere Beziehung zu den deutschen Gesetzgebungen eine erhöhte Wichtigkeit besitzen.

In dieser Beziehung ist zunächst das Civilprocessgesetz für den Canton Genf vom 29. Sept. 1819 hervorzuheben. Nach der Genfer Civilprocessordnung und den sie ergänzenden Gesetzen über die Gerichtsorganisation [13]) erkennen

[13]) Als erste Instanzen fungiren in Genf nach der gegenwärtig geltenden Gerichtsverfassung die Friedensgerichte (*Tribunaux de justice de paix)*, das Handelsgericht *(Tribunal de commerce)* und das Civilgericht; die beiden ersteren mit einer bestimmt abgegrenzten Competenz, das letztere als allgemeiner Gerichtsstand für alle Rechtssachen, die nicht den Friedensgerichten oder dem Handelsgericht zugewiesen sind. In erster und letzter Instanz erkennen die Friedensgerichte über alle Rechtssachen, welche lediglich persönliche Rechte und bewegliche Sachen betreffen, dann über gewisse Streitigkeiten aus dem Mieth- und Pachtverhältnisse, dafern in allen diesen Fällen der Werth des Streitgegenstandes 150 Francs nicht übersteigt. (Art. 5 des Ges. vom 4. März 1848 bei Bellot *Loi sur la Procédure civile*

die ersten Instanzen des Cantons Genf in einer grossen Anzahl von Privatrechtsstreitigkeiten endgiltig und ohne Vorbehalt der Berufung [14]), während in allen anderen Fällen die Appellation an ein höheres Gericht offen steht. Eine dritte Instanz in Civilsachen, ähnlich wie der französische Cassationshof, ist der Genfer Gerichtsordnung unbekannt. Das Berufungsverfahren vor dem höheren Civilgerichtshof trägt deshalb einen gemischten Charakter an sich, indem es bei den inappellablen Urtheilen (*jugements rendus en dernier ressort*) das Cassationsverfahren, bei Urtheilen erster Instanz dagegen das Appellationsverfahren des französischen Rechtes ersetzt. [15]) In beiden Fällen ist aber der höhere Civil-

---

du Canton de Genève suivie de l'Exposé des Motifs etc., 3. Aufl. Genf und Paris 1870, S. 679.) Das Handelsgericht spricht in letzter Instanz in allen jenen Rechtsangelegenheiten, welche nach den bestehenden Gesetzen überhaupt in seinen Wirkungskreis gehören und einen Gegenstand von höchstens 1000 Florins (wohl gleich Francs) betreffen. (Vgl. Ges. über die Gerichtsorganisation vom 15. Febr. 1816 und 5. Dec. 1832 bei Bellot a. a. O. S. 647, Art. 71, und Ges. vom 4. März 1848, Art. 9.) Das Civilgericht ist endlich in allen Rechtssachen bis zum Betrage von 300 Francs erste und letzte Instanz, wenn diese persönliche Rechte und bewegliche Sachen zum Gegenstand haben. (Ges. vom 4. März 1848 Art. 11.) In allen Rechtsstreiten, welche nicht unter die soeben aufgestellten Kategorien fallen, erkennen die Gerichte nur unter Vorbehalt der Berufung an die *cour de justice civile, criminelle et correctionelle* (Gesetz vom 4. März 1848, Art. 18—29); doch scheinen die Friedensgerichte blos die oben angegebene Competenz zu besitzen, folglich innerhalb ihres Wirkungskreises immer in erster und letzter Instanz zu erkennen.

[14]) Im Canton Genf besteht allerdings auch ein Tribunal, welches den Namen *Cour de Cassation* führt (Ges. vom 4. März 1848, Art. 30—38), doch sind demselben lediglich strafrichterliche Functionen zugewiesen. (Ges. vom 4. März 1848, Art. 35. — S. vorige Note)

[15]) Die Genfer Processordnung drückt sich über die Fälle, in welchen die Berufung zulässig sein soll, folgendermassen aus: Art. 303: *On pourra appeler à la cour de justice civile de tous les jugements rendus par les tribunaux inférieurs dans les causes et sur les incidents, dont ils ne peuvent connaître qu'en premier ressort d'après la Loi sur l'organisation judiciaire.* Art. 304: *On pourra encore appeler à la cour de justice civile des jugements rendus par les tribunaux inférieurs dans les causes et*

gerichtshof berechtigt, solche Beweise, welche von der ersten Instanz in mangelhafter Weise aufgenommen worden sind, neuerlich durchzuführen, sowie auch vom ersten Richter übergangene Beweise zuzulassen.[16]) Durch die Genfer Processordnung ist daher die Zulässigkeit von neuem thatsächlichen Vorbringen in den höheren Instanzen in Vergleich mit dem französischen Rechte erheblich erweitert, da dieses im Cassationsverfahren gegen inappellable Urtheile die Benützung von neuen Thatsachen und Beweismitteln regelmässig ausschliesst, während das Genfer Recht auch gegen Urtheile letzter Instanz das Rechtsmittel der Berufung und damit die unbeschränkte Anführung von neuem Beweisstoff gestattet.[17])

Dem französischen und dem Genfer Rechte sind fast alle neueren deutschen Gesetze und Entwürfe sowohl in Beziehung auf die Gestaltung der Instanzenordnung über-

---

sur les incidents dont ils peuvent, d'après la même Loi, connaître en dernier ressort: 1° *Si ces tribunaux, lors de la prononciation, n'étaient pas composés comme la Loi l'ordonne;* 2° *Si les règles sur la publicité de la plaidoirie et de la prononciation des jugements ont été violées;* 3° *Si le dispositif du jugement contient une contravention expresse au texte de la Loi;* 4° *S'il s'agit de l'application de la contrainte par corps;* 5° *S'il y a contrariété entre deux jugements rendus par différents tribunaux inférieurs entre les mêmes parties, sur le même objet et les mêmes moyens.* Die Berufung, soweit sich dieselbe auf den Art. 303 stützt, entspricht dem Appell des französischen Rechtes, während die Appellationsfälle des Art. 304 im Grossen und Ganzen den französischen Cassationsrecurs ersetzen. Dieser gemischte Charakter, welchen die Berufung des Genfer Processes an sich trägt, wird auch von Bellot a. a. O. S. 120, 121 mit grosser Schärfe hervorgehoben.

[16]) Vgl. Art. 323 G. P. O. und dazu Bellot a. a. O. S. 303—304.

[17]) Eine wichtige Folge der Verschmelzung des französischen Appells und des Cassationsrecurses in das einzige Rechtsmittel der Berufung besteht darin, dass das höhere Gericht auch in den Fällen des Art. 304 sich nicht wie der französische Cassationshof auf eine kritische Prüfung des vom ersten Richter geschöpften Urtheils beschränkt und die meritorische Entscheidung nicht an diesen Letzteren verweist. Dieser Umstand kommt aber nach dem Plane dieser Abhandlung hier nicht in Betracht. (Vgl. hierüber Bellot a. a. O. S. 120—121.)

haupt, als auch in Beziehung auf die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in den höheren Instanzen nachgebildet. Und zwar gestaltet sich dieses Verhältniss naturgemäss so, dass die Gesetze und Entwürfe der deutschen Staaten von grösserem territorialen Umfange einen centralen Gerichtshof einsetzen, der, ähnlich wie der französische Cassationshof, in Civilsachen lediglich die Aufgabe hat, die Nichtigkeitsbeschwerden in letzter Instanz zu prüfen, während das höchste Tribunal nach den Processordnungen der kleineren Länder im Anschlusse an das Genfer Processgesetz sowohl zur Verhandlung von Berufungen als auch von Nichtigkeitsbeschwerden bestimmt ist. Zur ersteren Gruppe gehören die preussischen und norddeutschen, dann die österreichischen Entwürfe und die badische und baierische Processordnung.[18]), zu der zweiten Gruppe dagegen das hannover'sche und württemberg'sche Recht.[19])

Was zunächst die erste Gruppe von Gesetzgebungen betrifft, so ist nach denselben der Machtkreis der zweiten Instanz vielfach durch Appellationssummen extensiv ein-

---

[18]) Nach dem preuss. Entw. v. J. 1864 sind zur Erledigung der Berufungen theils die Collegialgerichte erster Instanz (bei Urtheilen der Einzelngerichte), theils die Appellationsgerichte (§. 616), zur Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde dagegen lediglich der oberste Gerichtshof berufen (§§. 661. 667. 682. 683). Ebenso der nordd. Entw. v. 1870, Vorb. S. VII und VIII und §. 739 Z. 6. — Vgl. ferner den Oesterr. Entw. v. 1866, §. 757; Oesterr. Entw. v. J. 1867, §. 696; Bair. P. O. v. 1869, Art. 796.

[19]) Nach Art. 16, 648, 735 der württemberg'schen C. P. O. entscheidet das Obertribunal in Stuttgart einestheils als Berufungsgericht über Berufungen gegen die Urtheile der Kreisgerichte, welche die ordentliche erste Instanz bilden (Art. 20), und gegen solche Entscheidungen, welche das Obertribunal selbst in erster Instanz gesprochen hat; anderntheils entscheidet dasselbe als Cassationsinstanz über Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urtheile, welche die Kreisgerichte oder das Tribunal selbst gefällt haben, wobei zu bemerken ist, dass letzteres bei solchen Rechtsmitteln, welche gegen seine eigenen Urtheile gerichtet sind, in verstärkter Besetzung zu verhandeln hat. Art. 678, 735 W. P. O. Ebenso hatte das Oberappellationsgericht zu Celle nach den §§. 5 und 6 des Zusatzgesetzes zur hannover'schen Processordnung vom 31. Mai 1859 sowohl als Berufungsgericht über gewisse Entscheidungen der

geschränkt [20]). dagegen unterliegt die Berufungsverhandlung regelmässig keiner intensiven Beschränkung und wird insbesondere auch die Einführung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in dem Appellverfahren zugelassen. [21]) Doch darf durch das neue Vorbringen nach der ausdrücklichen Vorschrift der meisten Processordnungen die Klage in ihrer

---

Obergerichte, als auch in der Eigenschaft eines Cassationshofes über Nichtigkeitsbeschwerden gegen seine eigenen Urtheile und gegen jene der Obergerichte zu entscheiden. Die Thätigkeit der obersten Gerichtshöfe von Württemberg und Hannover war demnach bis in die neueste Zeit eine gemischte, indem sie ähnlich wie in Genf zugleich als Berufungs- und Nichtigkeitsinstanz fungirten. Durch die Verord. v. 27. Juni 1867 (Preuss. G. S. S. 1103) sind jedoch dem neugeschaffenen Oberappellationsgerichte in Berlin die nach den bisherigen Vorschriften zur Zuständigkeit des Cassationssenates des Oberappellationsgerichtes zu Celle gehörenden Sachen zugewiesen worden (§. 2 d. V.).

[20]) Der preussische Entwurf von 1864 bestimmt §. 616 eine Berufungssumme von 20 Thalern, der norddeutsche Entwurf von 1870 §. 770 von 50 Thalern, die badische P. O. von 1864 von 50 Gulden §. 1102, 1104, 1106; die baierische P. O. v. J. 1869 Art. 685 bei Urtheilen der Einzelgerichte von 25 fl., bei Urtheilen der Bezirks- und Handelsgerichte von 300 fl. — Die österr. Entwürfe v. 1866 §. 707 (dazu die Motive S. 87) und v. 1867 §. 647 haben im Anschluss an althergebrachte österr. Rechtsanschauungen die Berufung gegen jedes in erster Instanz ergehende Urtheil ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zugelassen. Auch die neuesten deutschen Entwürfe v. J. 1871 und 1872 kennen keine Beschränkung der Rechtsmittel (Berufung, Revision und Oberrevision) wegen eines bestimmten Werthes des Streitobjects mehr. (Vgl. deutscher Entw. v. J. 1871 §. 429, 460 und dazu die Motive S. 242, 243 und Entw. v. J. 1872 §. 446 und §. 477 und die Motive S. 47, 48.) Bezüglich der zur zweiten Gruppe gehörigen hannover'schen und württembergschen P. O. s. unten Note 28.

[21]) Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in der zweiten (Berufungs-) Instanz bildet für die wichtigeren neuen deutschen Civilprocessordnungen die ausnahmslose Regel. Alle Gesetze und Entwürfe heben mit grösster Bestimmtheit hervor, dass der Rechtsstreit vor dem Berufungsrichter von Neuem verhandelt wird und dass die Parteien selbst solche Thatsachen und Beweismittel anführen können, deren sie in der ersten Instanz durch eigenes Verschulden verlustig gegangen sind. (Preuss. Entw. v. J. 1864 §. 625; norddeutscher Entw. v. J. 1870 §. 789, 790; badische P. O. 1864 §. 1138 baierische P. O. 1869 Art. 707, 713.) Auch die österr.

Wesenheit nicht abgeändert werden[22]), und ist auch die Partei, welche das neue thatsächliche Processmaterial erst in der Berufungsinstanz einführt, dem Gegner zum Ersatze der dadurch verursachten Kosten verpflichtet, wenn sie die betreffenden Thatsachen und Beweismittel schon dem ersten Richter hätte vorlegen können.[23]) Die Befugniss zur Anführung von Neuerungen im Berufungsverfahren wird ferner auch dadurch erheblich eingeschränkt, dass die Abänderung des Klagebegehrens vor dem Appellrichter — von geringfügigen Ausnahmen abgesehen — nach den Processordnungen unzulässig ist, weshalb das Berufungsgericht Thatsachen und Beweismittel, welche lediglich zur Begründung einer solchen Abänderung dienen sollen, zurückzuweisen verpflichtet ist.[24]) Ungeachtet dieser Einschränkungen, welche zum Theile auch in dem Verfahren vor der ersten Instanz ihre Analogien haben, ist jedoch festzuhalten, dass die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in

---

Entwürfe haben sich von den uralten Rechtssätzen des österr. Civilprocesses über diesen Gegenstand losgesagt und sich der französischen Auffassung accommodirt. (Entw. v. 1866 §. 725 und dazu die Motive S. 93 und Entw. v. 1867 §. 666.) Erst die deutschen Entwürfe v. J. 1871 und 1872 haben die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in der zweiten und dritten Instanz in Ansehung der Rechtsmittel gegen die Urtheile der Collegialgerichte wieder beseitigt, was auch auf die österr. Codificationsarbeiten nicht ohne Einfluss geblieben ist. Vgl. die Rede, welche der Justizminister Glaser in der Sitzung des österr. Abgeordnetenhauses vom 21. Jan. 1873 gehalten hat, in Dr. Kaserer österr. Gesetze mit Materialien, 5. Heft 1873. S. 28, 29.

[22]) Bad. P. O. v. J. 1864 §. 1138 Z. 5. Oesterr. Entw. v. J. 1866 §. 726. Oesterr. Entwurf v. J. 1867 §. 667. Baier. P. O. v. 1869 Art. 707, Abs. 2.

[23]) Bad. P. O. v. J. 1864 §. 1144. Oesterr. Entw. v. 1866 §. 731. Oesterr. Entw. v. 1867 §. 672. Bair. P. O. v. 1869 Art. 736.

[24]) Preuss. Entw. v. J. 1864 §. 625. Nordd. Entwurf v. J. 1870 §. 795. Oesterr. Entw. v. J. 1866 §. 727. Baier. P. O. v. 1869 Art. 704—706. Ausser den in den drei letzten Noten angeführten Einschränkungen des *beneficium novorum* werden von den Processordnungen noch einige andere theils direct, theils indirect festgestellt, welche ich jedoch als minder erheblich hier füglich übergehen kann.

dem Berufungsverfahren nach den neueren deutschen Processordnungen im Wesentlichen eine unbeschränkte ist, dass die Prüfung der Civilrechtsstreitigkeiten durch die Berufungsinstanz sich nicht blos auf die formelle Gesetzmässigkeit der von den ersten Gerichten gefällten Entscheidungen, sondern auch auf deren materielle Gerechtigkeit bezieht, dass folglich das Berufungsverfahren nach den neuen deutschen Processrechten in Nachbildung des französischen eine volle Instanz, ein vollkommen neues Judicium bildet.

Die erste Gruppe der neueren deutschen Processordnungen stimmt ferner mit dem französischen Rechte auch darin überein, dass sie die dritte Instanz im Wesentlichen der französischen Cassationsinstanz nachgebildet hat. Extensiv wird der Machtkreis der höchsten Gerichtshöfe in den gegenwärtig geltenden deutschen Gesetzen und in den Entwürfen dadurch bedeutend eingeschränkt, dass die Competenz der dritten Instanzen theils durch einen bedeutenden Werth des Streitgegenstandes, theils durch die Verschiedenheit der in den beiden Vorinstanzen gefällten Entscheidungen, theils durch die Vereinigung dieser beiden Voraussetzungen bedingt ist.[25] Auch dadurch wird die

[25]) So ist nach der (übrigens zur zweiten Gruppe von Processgesetzen gehörigen) württemberg'schen P. O. v. J. 1868 die Geltendmachung des wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Nichtigkeitsgrundes, nämlich der Nichtigkeit wegen Verletzung des Gesetzes bei der Urtheilsschöpfung, von einem gewissen Werthe des Streitgegenstandes bedingt. (Württemberg'sche P. O. Art. 733 Z. 15 und Art. 653.) Der österr. Entw. v. J. 1866 §. 753 (dazu Motive S. 91, 92) gestattet die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung des Gesetzes nur dann, wenn nicht zwei gleichlautende Urtheile der Untergerichte vorliegen. Die Oberappellation des badischen Processrechtes, welche die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung des Gesetzes nach den übrigen Processordnungen ersetzt, ist bei Streitobjecten unter 500 fl. unbedingt unstatthaft, bei einem Werthe von 1000 fl. unbedingt statthaft, endlich bei einem Werthe von 500—1000 fl. nur dann zulässig, wenn die zweite Entscheidung das Urtheil erster Instanz zum Nachtheil des Oberappellanten abgeändert hat. In diesem letzteren Falle ist also sowohl ein gewisser Werth des Streitgegenstandes als auch

Zahl der an den obersten Gerichtshof gelangenden Rechtsfälle bedeutend vermindert, dass nicht jede Rechtsverletzung, welche die streitenden Parteien durch das Verfahren und das Urtheil der unteren Gerichte erleiden, sondern nur die Ausserachtlassung von ganz bestimmten processualischen und materiellrechtlichen Rechtsregeln die taugliche Grundlage zur Nichtigkeitsbeschwerde bietet.[26])

Difformität der Vorerkenntnisse zur Begründung der Oberappellation erforderlich. In mehreren anderen Processordnungen (z. B. in der hannoverschen und baierischen) wird dagegen die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde weder von der einen noch von der anderen Voraussetzung abhängig gemacht, dieses Rechtsmittel kann also nach diesen Processordnungen immer verfolgt werden, wenn nur ein im Gesetze anerkannter Nichtigkeitsgrund vorhanden ist.

[26]) In Ansehung der Nichtigkeitsgründe herrscht in den neuen deutschen Processordnungen bei zahlreichen Abweichungen im Einzelnen doch in den wesentlichsten Punkten grosse Uebereinstimmung. Die Bestimmungen der überwiegenden Anzahl dieser Gesetze und Entwürfe lassen sich im Allgemeinen dahin zusammenfassen, dass jede materiellrechtliche Verletzung, welche der untere Richter sich bei Schöpfung des Endurtheils zu Schulden kommen lässt, einen tauglichen Grund zur Nichtigkeitsbeschwerde abgibt, während dieses Rechtsmittel wegen Ausserachtlassung der (formellen) Processvorschriften nur dann verfolgt werden kann, wenn das Gesetz diese Verletzung ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund anerkennt. Als solche Nichtigkeitsgründe werden von den Processordnungen angeführt: Nicht gehörige Besetzung des Gerichts und offenbare Incompetenz desselben, Mangel in der Gerichtsstandsfähigkeit der Parteien und der Processlegitimation ihrer Vertreter, endlich Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens, z. B. des Princips der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, des wechselseitigen Gehörs, also Thatsachen, welche auch im gemeinen Processe regelmässig unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben. Oesterr. Entw. v. J. 1866 §. 751. Oesterr. Entw. v. J. 1867 §. 692. Baierische P. O. v. J. 1869 Art. 788. Aehnlich auch die zur zweiten Gruppe gehörige württemb. P. O. Art. 733 und die hannover'sche P. O. §. 431, welches letztere Gesetz jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde nur wegen Verletzung gewisser formaler Processvorschriften zulässt. Fällt die Verletzung einer Processvorschrift nicht unter die von dem Gesetze zum Voraus bestimmten Nichtigkeitsgründe, so kann die Nichtigkeitsbeschwerde selbst dann nicht mit Erfolg interponirt werden, wenn sich nachweisen lässt, dass jene Verletzung ein ungerechtes Urtheil zur Folge gehabt hat. Dass diese Einschränkung durchaus ungerecht und unbillig ist, scheint mir unzweifelhaft. Sowohl die Streitparteien als

Noch engere intensive Schranken werden der Thätigkeit des höchsten Gerichtes dadurch gezogen, dass der Rechtsstreit vor demselben keineswegs von Neuem verhandelt wird, sondern dass der oberste Richter lediglich zu untersuchen hat, ob in dem Verfahren der unteren Gerichte die wesentlichen Processvorschriften beachtet wurden, dann ob die Entscheidung des Rechtsfalles dem materiellen Rechte entspricht.[27]) So sehen wir denn, dass nach diesen Gesetzgebungen die so vielfach beengte Thätigkeit der dritten Instanz nicht sowohl das Ziel verfolgt, in der praktischen Rechtsanwendung das Unrecht zurückzudrängen, als vielmehr den der Rechtspflege an sich mehr fremden Zweck, durch die Autorität, welche immer den Entscheidungen eines obersten, das gesammte Landesgebiet beherrschenden Gerichtshofes innewohnt, die Einheit des materiellen Rechtes

---

auch die Nichtigkeitsinstanz werden bei einer solchen Einrichtung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht selten gezwungen, augenscheinlich ungerechte Urtheile als unanfechtbar hinzunehmen, ohne dass sich für diese verschiedene Behandlung der Verletzungen formaler Processvorschriften ein triftiger Grund angeben lässt. Mit Recht haben deshalb die neueren deutschen Entwürfe im Anschlusse an die Oberappellation des badischen Rechtes (Bad. P. O. §. 1151—1156) jede wie immer geartete Gesetzesverletzung, mag diese in dem Verfahren oder in dem Urtheile erfolgt sein, als hinreichenden Grund des Rechtsmittels der Revision und der Oberrevision erklärt, insofern nur in Folge der Gesetzesverletzung von dem unteren Richter ein ungerechtes Urtheil geschöpft worden ist.

[27]) Im Gegensatze zu dem Verfahren in zweiter Instanz wird die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel in dem Verfahren der dritten Instanz von den neueren deutschen Gesetzen und Entwürfen ausgeschlossen, soweit sich das neue thatsächliche Vorbringen auf das streitige Rechtsverhältniss selbst bezieht. Dagegen können solche Thatsachen und Beweismittel, durch welche lediglich die Verletzung einer wesentlichen Processvorschrift in dem Verfahren vor dem unteren Richter dargethan werden soll, auch von dem höchsten Tribunal zum Beweise zugelassen werden, sofern sich die Verletzung nicht schon aus den Processacten ergibt. (Bad. P. O. §. 1154; Oesterr. Entw. v. 1866 §. 751, Z. 17, dagegen §. 757, Z. 2 und §. 768; Oesterr. Entw. v. J. 1867 §. 692, Z. 17, §. 697, §. 709; Baier. P. O. Art. 792. Aehnlich auch Hann. P. O. §. 435, Z. 2 und Württ. P. O. §. 741, Z. 3, §. 745.)

und die gleichförmige Beobachtung der wesentlichsten Processvorschriften für den ganzen Umfang des Staates zu sichern.

Mit dieser ersten Gruppe von Gesetzgebungen stimmen die Processgesetze und Entwürfe der kleineren Länder in den wesentlichen Gesichtspunkten überein, indem auch diese zweite Kategorie die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in der zweiten Instanz festhält, folglich das Berufungsverfahren als eine volle Instanz, als ein vollständig neues *iudicium* auffasst. [28]) Die Nichtigkeitsbeschwerde nach den Gesetzgebungen dieser Kategorie unterscheidet sich von dem entsprechenden Rechtsinstitut der ersten Gruppe nur dadurch, dass sie nicht vor einem höchsten, ausschliesslich als Cassationsinstanz fungirenden Gerichtshof verhandelt wird [29]), ist aber im Uebrigen dem Cassationsrecurse des französischen Rechtes nachgebildet. In der überwiegenden Anzahl von Fällen wird demnach auch innerhalb dieser Gruppe die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel im Nichtigkeitsverfahren ausgeschlossen sein. [30])

---

[28]) Die Processordnungen von Hannover, §. 418, und von Württemberg, Art. 707, lassen die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren in demselben fast unbeschränkten Umfange zu, wie dies in Ansehung der ersten Gruppe von Processordnungen oben (Note 21) nachgewiesen worden ist. Auch das Verbot der Klageänderung und der Erhebung neuer Ansprüche im Berufungsverfahren, endlich die Verpflichtung der Partei, welche das neue thatsächliche Vorbringen schuldbarer Weise bis zur zweiten Instanz verschoben hat, der Gegenseite die Kosten zu erstatten, ist der Gesetzgebung von Hannover und Württemberg mit den Processordnungen der ersten Gruppe (Note 22—24) gemeinsam (Hann. P. O. §§. 4, 17, 418, 427; Württemberg'sche P. O. Art. 707, 708, 718). Die extensive Beschränkung der höheren Gerichte durch Appellationssummen ist dem hannover'schen und dem württemberg'schen Rechte gleichfalls eigenthümlich (Hann. P. O. §. 393; Württemberg'sche P. O. Art. 653—678.)

[29]) Vgl. oben Note 18, 19.

[30]) Nach dem württemberg'schen Processrechte ist gerade in dem wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Nichtigkeitsfalle, nämlich „wenn bei Beurtheilung des der Entscheidung als Thatbestand zu Grunde gelegten Ergebnisses der Verhandlung und Beweisführung ein Rechtssatz

Aus dieser Darstellung ergibt sich nun, dass die neueren deutschen Gesetzgebungen in dem wesentlichsten Punkte des Berufungsverfahrens sich enge an die französische und Genfer Gesetzgebung, also an fremde Vorbilder anlehnen. Erst der neueste Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung hat es versucht, für unsere Frage eine originelle, von den bisherigen Arbeiten auf diesem Gebiete völlig abweichende Lösung zu finden, die, wenn sie dereinst Leben und Wirksamkeit erlangen wird, eine durchgreifende Umgestaltung des mündlichen Verfahrens in den höheren wie auch in den niederen Instanzen herbeiführen muss. Die Darstellung und Würdigung dieses höchst interessanten legislativen Versuches soll dem letzten Abschnitt dieser Abhandlung vorbehalten bleiben.

§. 6.

Stellung der Frage im heutigen Recht.

Die Darstellung der mannigfaltigen Lösungen, welche unsere Frage in den Processrechten so vieler Zeiten und Völker gefunden, hat uns bis unmittelbar an die Schwelle

---

verletzt, unrichtig ausgelegt oder falsch angewendet worden ist und die Entscheidung sich nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt" (Württ. P. O. Art. 733, Z. 15), die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel in der Nichtigkeitsinstanz schon durch die Natur der Sache ausgeschlossen. Bei Nichtigkeitsbeschwerden, welche sich nicht auf die Verletzung materieller Gesetze bei Schöpfung des Urtheils, sondern auf die Ausserachtlassung wesentlicher Processvorschriften in dem Verfahren gründen (Note 26), ist dagegen neues thatsächliches Vorbringen in der Nichtigkeitsinstanz allerdings zulässig (Württ. P. O. Art. 741, Z. 3, 745 Abs. 2 u. 4, 746 Abs. 3, 748). Da die hannover'sche P. O. die Nichtigkeitsbeschwerde blos wegen der Verletzung von bestimmten wesentlichen Processvorschriften kennt (Note 26), so entfällt jene Ausschliessung der *nova* für das hannover'sche Processrecht in dem wichtigsten Nichtigkeitsfalle von selbst, und es können daher neue Thatsachen und Beweismittel auch in dem Nichtigkeitsverfahren benützt werden (Hannov. P. O. §. 435, Z. 2, 438).

der Zeit geführt, der wir selbst angehören und der wir Form und Inhalt zu geben berufen sind. An jene historische Auseinandersetzung schliesst sich deshalb naturgemäss die Frage: In welcher Weise soll das Problem, welches den Gegenstand dieser Abhandlung bildet, nach den Bedürfnissen unserer Zeit gelöst werden? Soll sich die zweite und eventuell die dritte Instanz in unserem heutigen Process sowohl auf die thatsächliche als auch auf die rechtliche Seite der vor den höheren Gerichten verhandelten Rechtsfälle erstrecken? Oder soll die Festsetzung des Thatsächlichen lediglich Aufgabe des ersten Richters, folglich die Benützung neuer Thatsachen und Beweismittel in den höheren Instanzen ausgeschlossen sein? Die Erörterung dieser Frage vom legislativ-politischen Standpunkte soll den Gegenstand des letzten Abschnittes dieser Abhandlung bilden.

Um für die Beantwortung jener Fragen eine sichere Grundlage zu gewinnen, ist es zunächst nothwendig, das Gebiet des richterlichen Irrthums genau zu begrenzen, also festzusetzen, inwiefern der Richter bei Entscheidung der Rechtsfälle überhaupt zu irren vermag. Der Zweck der höheren Instanzen ist in allen Fällen die Beseitigung des Irrthums der unteren Richter; damit man aber mit Sicherheit bestimmen könne, ob eine Einschränkung dieser reformirenden Thätigkeit im Interesse der Rechtspflege erforderlich sei, muss man zuvörderst die möglichen Hauptfälle des richterlichen Irrthums überblicken.

Von zwei Voraussetzungen hängt der Erfolg jeder richterlichen Thätigkeit ab: erstens von der richtigen Beurtheilung der Thatsachen, welche einem Rechtsfalle zu Grunde liegen, zweitens von der klaren Erkenntniss der Rechtsregeln, welche auf diese Thatsachen Anwendung finden sollen. Jedem rechtswidrigen Urtheile wird daher immer entweder ein thatsächlicher oder ein rechtlicher Irrthum oder eine Verbindung dieser beiden Elemente zu Grunde liegen. Dagegen vermag ich die logische Denkoperation, durch welche die Thatsachen eines Rechtsfalles den ent-

sprechenden Rechtsregeln subsumirt werden, als eine besondere Quelle des richterlichen Irrthums nicht anzuerkennen. Denn jene Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregeln erfolgt dadurch, dass der urtheilende Richter die Identität des Begriffs in der Rechtsregel und der Thatsache in dem einzelnen Rechtsfalle sich zum Bewusstsein bringt, dass er z. B. in einem bestimmten thatsächlichen Verhältniss die Voraussetzungen des Besitzes: *corpus* und *animus* erkennt und in Folge dessen dieses Sachverhältniss den Rechtsregeln und Rechtsfolgen des Besitzes unterordnet. Ist jedoch die Auffassung der Rechtsregeln klar, die Beurtheilung der Thatsachen richtig, so muss sich jenes Bewusstsein der Identität von Begriff und Thatsache als nothwendige Folge von selbst ergeben.

Der Irrthum des Richters in Beziehung auf das thatsächliche Material kann wiederum doppelter Natur sein. Zunächst kann nämlich der Richter darin fehlen, dass er Thatsachen, welche die streitenden Parteien anführen, nicht beachtet, die dafür angetragenen Beweise nicht zulässt, also einen Theil des thatsächlichen Processmaterials von der Verhandlung rechtswidrig ausschliesst. Diese Gattung des richterlichen Irrthums ist negativer Natur, indem derselbe zwar nicht zur Folge hat, dass von dem Richter falsche, wohl aber, dass nicht alle wahren Thatsachen, welche zur Entscheidung des Rechtsstreites erforderlich sind, in der Verhandlung festgestellt werden. Dann aber ist ein Irrthum des Richters in der Weise möglich, dass er das thatsächliche Processmaterial, welches den Gegenstand der Verhandlung wirklich gebildet hat, unrichtig auffasst, dass er also Thatsachen als erwiesen oder als unerwiesen betrachtet, während der Inhalt der Parteien- und Beweisverhandlungen bei einer gesetzmässigen Beurtheilung das Gegentheil ergeben würde. Hier ist also ein positiver Irrthum vorhanden, da von dem Richter die Wahrheit nicht allein wie in dem früheren Falle nicht in ihrem vollen Umfang an das Licht gebracht, sondern vielmehr in

grösserer oder geringerer Ausdehnung in ihr Gegentheil verkehrt wird.

Auf eine dreifache Weise kann also der Richter bei Entscheidung von Rechtsstreiten irren: durch unrichtige Auffassung und Anwendung des objectiven Rechtes, durch Nichtconstatirung von processualisch erheblichen Thatsachen im Laufe der Processverhandlung, endlich durch Constatirung von falschen Thatsachen, mag diese nun in der Zulassung von unrichtigen Beweismitteln oder in der fehlerhaften Würdigung des gewonnenen Beweismaterials ihren Grund haben.

Nachdem ich in dem Vorstehenden die wichtigsten Classen des richterlichen Irrthums festgestellt habe, ist es nunmehr möglich, die Untersuchung über die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen zu beginnen. Zwei Fragen sind in dieser Richtung zu beantworten: Erstens, sollen in den höheren Instanzen die Parteien in der Anführung, der Richter in der Zulassung von neuen Thatsachen und Beweismitteln überhaupt beschränkt werden? Zweitens, wenn eine solche Beschränkung sich als angemessen darstellt, wie soll dieselbe im Detail, insbesondere unter der Voraussetzung eines mündlichen Gerichtsverfahrens, durchgeführt werden?

Was zuvörderst die erste, principielle Frage betrifft, so glaube ich dieselbe so beantworten zu müssen, dass auch für das mündliche Verfahren an der unbedingten Ausschliessung von neuem thatsächlichen Vorbringen in den höheren Instanzen festzuhalten ist. Nicht nur in der dritten (Cassations- oder Oberrevisions-) Instanz, in welcher die Anführung von neuem thatsächlichen Processmaterial schon durch die geltenden Processgesetzgebungen fast überall untersagt ist: auch in den zweiten (Berufungs- oder Revisions-) Instanzen halte ich die Ausschliessung von neuen Thatsachen und Beweismitteln und die Beschränkung der Verhandlung auf eine erneute Prüfung der rechtlichen Fragen für allein angemessen. Zur Begründung

dieser Ansicht mögen folgende Erwägungen dienen, welche sich theils auf die Organisation des Gerichtswesens, theils auf die Gestaltung des Civilverfahrens selbst beziehen.

Ich sage zuvörderst, dass eine zweckmässige Organisation der Civilgerichte nicht anders als bei Ausschliessung jedes neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen gedacht werden kann. Es kann meine Absicht nicht sein, den wichtigen Einfluss, welchen die Ausschliessung aller Neuerungen in den höheren Instanzen auf das gesammte Civilverfahren überhaupt und insbesondere auch auf die organisatorischen Fragen naturgemäss ausüben muss, hier in allen seinen Einzelheiten darzustellen und zu würdigen. Nur zwei wichtige Vortheile will ich hier hervorheben, welche die Beschränkung der höheren Instanzen auf die Prüfung der juristischen Elemente des Rechtsfalles einer einsichtigen Gesetzgebung gewähren kann, und diese sind: Erstens die Möglichkeit, auch der Rechtsprechung in Civilsachen in der Form des Schwur- oder des Schöffengerichtes ein volksthümliches Element zuzuführen; zweitens die Möglichkeit, für den geringeren Geschäftskreis, welcher den höheren Gerichten in Folge jener Beschränkung zufällt, ohne allzu grosse Schwierigkeiten und Opfer eine genügende Anzahl würdiger Bearbeiter zu gewinnen.

Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so ist es unzweifelhaft, dass die Beiziehung volksthümlicher Elemente zu der Civilrechtspflege, mag diese nun in der Form des Schwur- oder Schöffengerichtes erfolgen, die Ausschliessung neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen und die Beschränkung dieser letzteren auf die Prüfung der juristischen Fragen mit Nothwendigkeit herbeiführt. Der eigenthümliche Vorzug des modernen Volksgerichtes in seinen mannigfaltigen Formen besteht eben darin, dass es das Thatsächliche eines Rechtsfalles auf Grund des Totaleindruckes construirt, der sich als Resultat der Processverhandlungen ergibt, welcher aber in voller Identität

niemals mehr reproducirt werden kann.[1]) Nur darum kann es sich also hier handeln, ob die Theilnahme des Volkes an der Rechtsprechung in Civilsachen sich als ebenso erspriesslich darstellt, wie dieses in Ansehung der Strafgerichtsbarkeit vorlängst schon allgemein anerkannt worden ist. Diese Frage, welche bisher regelmässig verneint wurde, oder doch nur eine sehr eingeschränkte Zustimmung erfahren hat[2]), glaube ich nun nicht blos für jene Civil-

[1]) In der Entwicklung des modernen Strafverfahrens läuft deshalb die Einführung der Schwur- und Schöffengerichte mit der Abschaffung der Appellation parallel, ja die neuesten Gesetze und Entwürfe haben unverkennbar die Tendenz, die Berufung im Strafverfahren gänzlich zu beseitigen. Der Gesichtspunkt, von welchem die neueren legislativen Arbeiten bei dieser Reform des Rechtsmittelsystems ausgehen, lässt sich dahin bestimmen, dass die unfassbaren Denk-Operationen, durch welche im Systeme der freien Beweiswürdigung die Ueberzeugung des Richters hervorgebracht wird, sich der Controle des höheren Richters entziehen, zumal da dieser regelmässig auf der mangelhaften Grundlage der Acten erkennen wird. Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen über die Zweckmässigkeit einer Berufungsinstanz in Strafsachen in den Anlagen zu den Motiven des Entwurfs einer deutschen Strafprocessordnung (Berlin 1873) S. 5—95, die Motive zu demselben S. 200—208, ferner die Motive zur österr. Strafprocessordnung vom 23. Mai 1873 bei Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien, 10. Bd. (1873) S. 81—106. Demgemäss gestattet der Entwurf einer deutschen Strafprocessordnung gegen die Urtheile der Schöffengerichte nur das Rechtsmittel der Revision, welches ebenso wie die Revision des Civilprocesses nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden kann und überhaupt dieser letzteren in allen wesentlichen Punkten nachgebildet ist. D. E. einer St. P. O. §. 248—267. Nach der österr. St. P. O. §. 280, 343 ist zwar gegen die Urtheile der Gerichtshöfe erster Instanz neben der Nichtigkeitsbeschwerde auch noch die Berufung zulässig; allein dieselbe bezieht sich nur auf den Ausspruch über das Strafausmass und über die civilrechtlichen Ansprüche (§. 283, 345 St. P. O.), und ist die thatsächliche Auffassung des ersten Richters über die Schuld des Angeklagten auch für die höhere Instanz bindend. (§. 295 St. P. O.)

[2]) Mittermaier, der sich um die Einführung des öffentlichen und mündlichen Civilprocesses in Deutschland so hoch verdient gemacht hat, spricht sich doch in seinem Aufsatz „Ueber Anwendung der Schwurgerichte auf Entscheidung der Civilstreitigkeiten“ im Archiv für civilistische Praxis Bd. 31 (1848) S. 388—406 gegen die Jury in Civilsachen aus. Selbst zur Constatirung der Höhe eines Schadens hält dieser Schriftsteller ein nach seinem freien

rechtsstreitigkeiten, welche, wie zum Beispiel Handels- und Bergprocesse, bei dem Richter eine besondere Fachkunde voraussetzen, sondern für das gesammte Gebiet der Civilrechtspflege bejahen zu müssen.

Für das Zusammenwirken des Volkes und der staatlichen Organe bei der Verwaltung der Civilrechtspflege spricht zuvörderst die Consequenz jenes Principes, auf welchem die moderne staatsrechtliche Ordnung der europäischen Staaten beruht, ich meine des Principes der Theilung der staatlichen Gewalt zwischen Beherrscher und Beherrschten, zwischen Regierung und Volk. Der Begriff des Staates bringt es mit sich, dass in jeder staatlichen Gemeinschaft eine Person oder ein Körper vorhanden sein muss, welcher die volle Regierungsgewalt: die Souveränetät in sich vereinigt. Entbehrt jedoch diese in einem Punkt concentrirte Machtfülle eines hinreichenden Gegengewichts, so tritt die Gefahr ein, dass die Thätigkeit des staatlichen Centrums in ein schädliches Uebermass, das Verhalten der Beherrschten dagegen in absolute Passivität ausarte und dadurch das Leben und Wirken des Staates

Ermessen urtheilendes Gericht von Fachjuristen für zweckmässiger und befähigter als ein Schwurgericht: a. a. O. S. 398. Anderer Ansicht ist in letzterer Beziehung Brauer im Archiv Bd. 44 (1861) S. 64—65, welcher sich sonst in Uebereinstimmung mit Mittermaier gegen das Schwurgericht in Civilsachen ausspricht. Noch weiter geht Bar, Recht und Beweis im Civilprocess S. 207—227 und in seinem Gutachten in den Verhandlungen des neunten deutschen Juristentages Bd. 2 (1870) S. 316—233, indem er die Einführung der Jury in Civilsachen im Allgemeinen zwar zur Zeit noch nicht für angezeigt hält, dagegen die Anwendung dieses Instituts für Liquidationen eines erlittenen Schadens und in Handelssachen als Ergänzung der Handelsgerichte, beziehungsweise als Ersatz der Handelsgerichte zweiter Instanz, empfiehlt. Brunner in seinem Gutachten über unsere Frage (Verhandl. des 9. Juristentages Bd. 2, S. 334—358) spricht sich in Schadenersatzprocessen und in Handelssachen für die obligatorische Anwendung des Schwurgerichts aus, während dieselbe in allen anderen Civilsachen von der Initiative der Parteien abhängen soll. In allen soeben angeführten Stimmen ist ein allmäliges Erstarken der öffentlichen Meinung zu Gunsten der Civiljury und des Umfangs ihrer Anwendbarkeit nicht zu verkennen.

in hohem Masse gefährde. Diesem Nachtheile hat das moderne Staatsrecht dadurch vorzubeugen gesucht, dass es die staatliche Gewalt in ihren verschiedenen Abzweigungen zwischen dem regierenden Centrum und den beherrschten Volksclassen getheilt, also die Ausübung der gesetzgebenden, richterlichen und Vollzugsgewalt an die Mitwirkung der Regierten gebunden hat. In der That gibt es kein sichereres Mittel, die Willkür der Regierenden, die Schlaffheit der Regierten zurückzudrängen und dadurch die Grundlagen für ein energisches, tiefbewegtes Staatsleben zu gewinnen, als die Theilung der Gewalt zwischen Jenen, die sie auszuüben, und Jenen, die ihr zu gehorchen haben. Wir sehen deshalb auch, dass nicht nur jene Staaten, in welchen dem Volke ein Antheil an der Regierungsgewalt gegönnt ist, nach Aussen und nach Innen eine lebendigere Wirksamkeit entwickeln, sondern dass auch innerhalb des nämlichen Staates jene Gebiete seiner Thätigkeit, welche der Theilnahme des Volkes entbehren, an innerem Werthe und an rascher Entwicklungsfähigkeit hinter denjenigen staatlichen Functionen erheblich zurückbleiben, welche durch die Mitwirkung der betheiligten Kreise befruchtet werden. Es ist wohl eine Thatsache, die keines Beweises bedarf, dass die gesetzgebende Gewalt, die Verwaltung, die Ausübung der Strafrechtspflege gerade deshalb, weil die Bevölkerung in fast allen europäischen Ländern an der Ausübung dieser Attribute der Staatssouveränetät theilnimmt, überall eine weit höhere Vollkommenheit erlangt haben, als jene Gebiete der staatlichen Thätigkeit, welche sich der Mitwirkung des Volkes vorerst noch verschliessen.

Zu dieser letzteren Gruppe ist namentlich auch die gesammte Civilrechtspflege mit geringfügigen Ausnahmen zu rechnen. Abstrahirt man von der — zumeist sehr beschränkten — Theilnahme des Volkes an der Ausübung der Handels- und Berggerichtsbarkeit, so kann man sagen, dass auf dem gesammten Gebiete der Civilrechtspflege noch

die bureaukratische Ordnung des achtzehnten Jahrhunderts herrscht, dass dieser so ungemein wichtige Zweig der Staatsthätigkeit fast überall ausschliesslich von solchen Personen gehandhabt wird, welche wohl eine formelle Gesetzeskenntniss besitzen, dagegen eines tieferen Einblicks in das Wesen des Privatverkehrs sowie eines selbständigen Interesses an den Erfolgen der Civilrechtspflege entbehren. Diese Zustände haben zur Folge gehabt, dass die Theilnahme des Volkes dem ganzen Gebiete der Civilrechtspflege völlig entfremdet worden ist, und dass deshalb auch sowohl die Civilgesetzgebung als auch die Privatrechtswissenschaft gegen die allgemeine Zeitbildung unverkennbar in erheblichem Masse zurückgeblieben sind. Die kleinen Vorfälle des täglichen Lebens wie auch die wichtigen Ereignisse, welche die Schicksale unseres individuellen Daseins bestimmen, vollziehen sich zum grossen Theile in den Formen des Civilrechtes, von keinem Zweige der staatlichen Thätigkeit wird wie von diesem das ganze persönliche Leben jedes Einzelnen ergriffen. Und doch lässt sich nicht verkennen, dass die Massen den Fragen des Civilrechtes und des Civilprocesses vollständig theilnahmslos gegenüber stehen, — eine Erscheinung, die niemals hätte eintreten können, wenn dem Volke seine ursprüngliche Theilnahme an der Ausübung der Civilrechtspflege nicht fast überall entrissen worden wäre. Niemals wäre aber auch in die Rechtswissenschaft jener Geist blinder Unterwerfung unter die überlieferten Meinungen gedrungen, welcher mehr an die Auffassungsweise der Scholastik als an die kritischen Methoden unseres Jahrhunderts erinnert, wenn die juristischen Fachgelehrten die Berechtigung jedes einzelnen Rechtssatzes im steten Verkehre mit den Betheiligten an den Bedürfnissen des Lebens und nicht blos an einzelnen Gesetzesstellen hätten prüfen können. Erst wenn dem Volke auf dem ganzen Gebiete der Civilrechtspflege neben den Fachjuristen die Theilnahme an der Rechtsprechung wieder gewährt und dieser Zustand durch geraume Zeit gedauert haben wird, können

wir hoffen, ein zugleich modernes und nationales Recht zu erlangen. [3])

Nicht nur die Organisation der ersten Instanzen, sondern — und dieses ist der zweite Vortheil einer absoluten Ausschliessung jedes neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen — auch eine zweckmässige Einrichtung der höheren Gerichte ist nur dann denkbar, wenn die Competenz dieser letzteren nach Möglichkeit eingeengt, insbesondere auch die Prüfung neuen thatsächlichen Vorbringens aus ihrem Thätigkeitskreise ausgeschieden wird. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Verzögerung der Rechtsverfolgung, die Erschütterung des Ansehens der rechtsprechenden Organe, endlich die erheblichen Kosten des Verfahrens in den höheren Gerichten nicht Nachtheile sind, welche die zumeist sehr problematischen Vortheile eines gegliederten Instanzenzugs überhaupt überwiegen. [4])

---

[3]) Für die Civilrechtspflege würde sich, wenn man sich überhaupt zur Beiziehung eines volksthümlichen Elements entschliesst, die Form des Schöffengerichts ohne Zweifel mehr als jene des Schwurgerichts empfehlen. Die Trennung der That- und der Rechtsfrage, die daraus hervorgehende Nothwendigkeit einer doppelten Entscheidung des Rechtsfalls und überhaupt der ganze, ziemlich schwerfällige Apparat des Schwurgerichts wäre für die meist minder wichtigen Civilsachen entschieden unpassend, wie er denn auch sogar auf dem Gebiete der Strafjustiz nur in den schwersten, ziemlich selten vorkommenden Fällen angewendet wird. Auch ist die Trennung der Rechts- und der Thatfrage im Civilprocesse regelmässig mit grösseren Schwierigkeiten verbunden, weil die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe in Civilverfahren zum Theile schon durch die Zeugen und durch die Parteien, dann auch durch den Inhalt der Beweisurkunden bewirkt wird, folglich ein beträchtlicher Theil der sonst den Geschwornen durch die Fragestellung erwachsenden Aufgabe von selbst entfällt. Wir besitzen übrigens in den Handels- und Berggerichten bereits Tribunale, die im Wesentlichen nichts als Schöffengerichte sind.

[4]) Es ist gewiss eine bemerkenswerthe Thatsache, dass das römische Recht bis zum Untergange der Republik ein Appellationsverfahren in unserem Sinn nicht gekannt hat und dass auch nach der heutigen französischen Gerichtsverfassung die überwiegende Mehrzahl von Rechtsstreiten auf eine Instanz beschränkt ist. Vielleicht ist es denn doch blos Vorurtheil, was uns verhindert, das ganze Instanzenwesen zu beseitigen und dadurch

Adoptirt man aber auch die überlieferte Instanzenordnung, so ist doch immer eine nothwendige Voraussetzung ihres erspriesslichen Wirkens, dass die Richtergewalt in den oberen Gerichten von solchen Personen gehandhabt wird, welche eine höhere Eignung als die Richter der ersten Instanzen besitzen; nicht die wiederholte Prüfung der Rechtsfälle, sondern die Prüfung durch einsichtigere Richter ist es, was der Instanzenordnung ihren eigenthümlichen Werth verleiht. Nun ist es aber augenscheinlich, dass die

unserer Civilrechtspflege im Vergleiche mit dem jetzigen Zustande eine unvergleichlich grössere Raschheit und Energie zu verschaffen. Aber wenn man auch an dem Gedanken festhält, dass der Instanzenzug zur Ueberwachung der Rechtspflege und zur Erhaltung der Einheit in der Rechtsprechung nothwendig ist, so würde doch hiezu ein einziges Central-(Oberrevisions-) Gericht als zweite und letzte Instanz genügen, und es könnten die zweiten (Appellations- oder Revisions-) Instanzen ohne wesentlichen Nachtheil aus dem Organismus der Gerichte ganz entfallen. Dadurch würde einestheils eine grössere Uebereinstimmung in der Verfassung der Civil- und Strafgerichte herbeigeführt werden, da die neueren Strafprocessordnungen für die zweiten Instanzen nur mit Mühe einen geeigneten Wirkungskreis im Strafverfahren ausmitteln können; andererseits würde es aber durch diese Vereinfachung des Instanzenwesens möglich gemacht, den Centralgerichtshof so einzurichten, dass er seiner Aufgabe, die Rechtspflege zu überwachen und die Einheit des objectiven Rechtes aufrecht zu erhalten, auch wirklich vollständig zu genügen vermöchte. In Deutschland dürfte die Realisirung dieses Vorschlages vorläufig unmöglich sein, da die grösseren Staaten wohl kaum auf die Errichtung von selbständigen zweiten Instanzen verzichten werden; in Oesterreich wäre aber eine solche vereinfachte Gerichtsverfassung vollkommen durchführbar und würde durch Zurückdrängung des Provinzialgeistes auf dem Gebiete der Rechtsprechung sogar wesentliche politische Vortheile bieten. Die Geschäfte eines solchen Centralgerichtshofes zweiter und letzter Instanz würden freilich von sehr grossem Umfange sein, allein die Abschaffung der Appellgerichte würde auch die Möglichkeit bieten, dieselben in einer gründlichen Weise zu erledigen. Die hervorragendsten Schriftsteller über unsere Frage halten übrigens an den drei Instanzen fest und wollen blos die zweite und dritte Instanz lediglich auf die Rechtsfrage einschränken. So insbesondere Planck in seinem trefflichen Gutachten in den Verhandlungen des zweiten deutschen Juristentages (1861) Bd. 1, S. 71—77, und Bar, Recht und Beweis im Civilprocesse (1867) S. 81—98, 227, 228.

Schwierigkeit einer richtigen Auswahl wächst, wenn der Geschäftsumfang der höheren Gerichte und damit die Zahl ihrer Mitglieder vermehrt wird, und es haben deshalb auch wohl alle Gesetzgebungen den Thätigkeitskreis der oberen Instanzen durch die verschiedenartigsten extensiven und intensiven Einschränkungen zu vermindern gesucht. Extensive Beschränkungen des Berufungsrechtes bei minder wichtigen Rechtssachen, insbesondere auch die Festsetzung einer gewissen Appellations- und Revisionssumme, werden aber niemals dem Vorwurfe entgehen, dass sie die Rechtssachen der vermögenden Volksclassen, welche regelmässig allein Processe von grösserem Belange führen, auf Kosten der ärmeren Theile des Volkes begünstigen und dadurch auf dem Gebiete der persönlichsten Interessen ein schmerzlich empfundenes Privilegium statuiren. Dagegen erregen intensive Beschränkungen der den oberen Gerichten eingeräumten Machtsphäre in dieser Richtung gar kein Bedenken und ist insbesondere die Ausschliessung neuer Thatsachen und Beweismittel in den höheren Instanzen das wirksamste Mittel, um die oberen Gerichte vor übermässigem Andrange der Geschäfte zu sichern und dadurch eine sorgfältigere Besetzung derselben möglich zu machen. Mit Recht haben deshalb die Motive zum Entwurfe einer deutschen Civilprocessordnung die Rücksicht auf die Besetzung der höheren Gerichte als einen Hauptgrund für die Beschränkung ihrer Thätigkeit auf die juristische Würdigung der Rechtsfälle bezeichnet. [5])

Neben diesen Gründen gegen die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, welche sich auf die Organisation der Civilgerichte beziehen, gibt es noch eine Reihe von Momenten, welche aus der Natur der Civilrechtspflege selbst hervorgehen. Jene erste Gruppe von Gründen für die Ausschliessung neuer Thatsachen und

[5]) Vgl. „die Begründung des Entwurfs einer deutschen Civilprocessordnung“ (1872) S. 45, 46. — S. auch **Planck** a. a. O. S. 74, 75 und **Bar** a. a. O. S. 230 ff.

Beweismittel in den höheren Instanzen kann, da sie mit vorherrschend persönlichen Verhältnissen im Zusammenhang steht, durch Zufall und glückliche Umstände ihre Kraft verlieren; diese zweite Kategorie dagegen ist von der Besetzung der Civilgerichte und ähnlichen Personalfragen vollständig unabhängig, sie geht vielmehr aus der unveränderlichen Beschaffenheit des Civilverfahrens selbst hervor und erheischt deswegen besondere Beachtung.

Der wichtigste Grund gegen die Zulässigkeit von Neuerungen in den höheren Instanzen ist wohl die Thatsache, dass diese Rechtswohlthat sich nur schwer mit einer zweckmässigen Gestaltung des Beweisverfahrens im Civilprocesse vereinbaren lässt. Ich setze hier als selbstverständlich den Satz voraus, welcher gegenwärtig wohl keines Beweises mehr bedarf, dass jede formale Beweistheorie auch auf dem Gebiete des Civilprocesses verwerflich ist und nur eine völlig freie Beweiswürdigung den Zweck jedes Beweisverfahrens: die Constatirung der Wahrheit, zu erreichen vermag. Der wesentliche Unterschied zwischen den formalen Beweistheorien und dem Systeme der freien Beweiswürdigung besteht aber bekanntlich darin, dass jene zum Voraus den Umfang und die Beschaffenheit der Thatsachen bestimmen, welche (wie zum Beispiel die übereinstimmende Aussage zweier unverdächtiger Zeugen) eintreten müssen, damit der Richter das Beweisthema als richtig annehmen könne oder müsse, während es in jenen Gesetzgebungen, welche die freie Beweiswürdigung adoptirt haben, dem vernünftigen Ermessen des Richters vorbehalten bleibt, auf welche Thatsachen hin er das zu erweisende Factum als erwiesen ansehen will. Die Causalkette, an deren Beginn die beweisenden Thatsachen und an deren Ende das Fürwahrhalten des Beweisthemas steht, wird daher nach dem ersten Systeme durch gesetzliche Vorschriften, nach dem zweiten dagegen durch die allgemeine Lebenserfahrung des erkennenden Richters bestimmt und geregelt, die Würdigung der Beweise ist dort ein vor-

herrschend juristisches, hier ein vorherrschend empirisches Problem.[6]) Nun scheint mir aber die wesentliche Verschiedenheit der oberen und der unteren Instanzen gerade darin zu bestehen, dass jene in der Mehrzahl der Fälle eine umfassendere Kenntniss, eine tiefere Einsicht in das objective Recht ihres Landes besitzen werden, während die Richter der ersten Instanzen regelmässig dem Leben und seinen Erfahrungen näher stehen. Wo die Frage, ob eine Thatsache als erwiesen zu gelten habe, lediglich auf der richtigen Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Beweisvorschriften beruht, kann man den oberen Gerichten die Theilnahme an der Würdigung der Beweise ohne Bedenken einräumen; in dem Systeme der freien Beweiswürdigung wird dagegen die Feststellung des thatsächlichen Sachverhaltes am zweckmässigsten den Gerichten erster Instanz überlassen. Dieser Gedanke führt aber in consequenter Durchführung zur völligen Ausschliessung jedes neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, weil durch dieses immer ein Theil des factischen Processmaterials der Kritik des kundigsten Beurtheilers entzogen und diese einem entlegenen, den Verhältnissen entfremdeten Gerichte überwiesen wird.

Die Vortheile, welche die Concentration der Beurtheilung des Factischen in den ersten Instanzen bietet, treten in ein noch helleres Licht, wenn man einen oft übersehenen Punkt in Erwägung zieht, welchen ich den landschaftlichen Charakter des Rechtslebens nennen möchte. Die Form und die Bedeutung der rechtserzeugenden Thatsachen, insbesondere von Willenserklärungen jeder Art, ist selbst in Staaten mit einheitlichen Codificationen den grössten territorialen Verschiedenheiten unterworfen, mit denselben Worten, auch wenn sie unter ähnlichen Verhältnissen gesprochen werden, können doch die betheiligten Parteien an verschiedenen Orten desselben Landesgebietes wesent-

[6]) Vgl. hierüber Bar a. a. O. S. 85, 86. W. Stahl, Revision und Berufung im Archiv für civil. Praxis, Bd. 56, S. 161.

lich abweichende Rechtswirkungen beabsichtigen. Allerdings sind in der Gleichheit des objectiven Rechtes, dann in der fortschreitenden Nivellirung der Sitte und der Lebensauffassung bei allen europäischen Völkern Elemente vorhanden, welche auf eine allmälige Ausgleichung jener Gegensätze hinwirken; allein jeder Kenner des praktischen Rechtslebens in weiteren Landesgebieten wird bestätigen, dass eine vollständige Uniformität der Rechtssitte noch nirgends auch nur annähernd erreicht worden ist. Die ersten Instanzen sind nun, zumal wenn man sich dieselben durch die Mitwirkung des Laienelements unterstützt denkt, zur Würdigung dieser localen Eigenthümlichkeiten des Rechtslebens, zu dieser concreten Auffassung der Rechtsvorgänge unzweifelhaft weit besser geeignet als der obere Richter, welcher den örtlichen Umgebungen der Rechtsfälle regelmässig ferne, den Verhältnissen entfremdet sein wird. Allerdings ist jene Ueberlegenheit des ersten Richters in der Beurtheilung der concreten Rechtsverhältnisse wieder dadurch bedingt, dass zur Rechtsprechung in den Landesgebieten eines grösseren Staates vorherrschend Eingeborne berufen oder doch zum Mindesten in der Besetzung der Richterstellen bei den ersten Instanzen eine grössere Stabilität beobachtet wird.

Dem oberen Richter mangeln jedoch nicht blos jene allgemeinen Kenntnisse, welche aus der unmittelbaren Bekanntschaft mit dem örtlichen Schauplatze der Rechtsverhältnisse entspringen; auch jene Erkenntnissgründe, welche der Lauf des Processes selbst dem erkennenden Richter bietet, können von den höheren Instanzen in weit geringerem Masse als von dem ersten Richter benützt werden. Dass die Erklärungen der streitenden Parteien selbst, welche in mündlichem Processe und bei freier Beweiswürdigung eine so ergiebige Quelle für die Construirung des processualischen Thatbestandes sind, in der ersten und zweiten Instanz niemals völlig übereinstimmend sein werden, dass insbesondere die Darstellung der Parteien vor dem

oberen Richter mit Rücksicht auf das dazwischen liegende Urtheil erster Instanz regelmässig zurückhaltender und weniger unbefangen zu sein pflegt, ist wohl unzweifelhaft. Ebenso können Zeugen und Sachverständige durch den oberen Richter wegen des grossen Umfangs der Obergerichtssprengel in der weit überwiegenden Anzahl von Fällen nicht wirklich abgehört werden, sondern dieser muss sich mit der Verlesung der von dem ersten Richter aufgenommenen Protokolle begnügen, während die erste Instanz viel leichter in der Lage sein wird, das Zeugniss aus dem Munde der Zeugen selbst zu vernehmen, zumal wenn zweckmässige Competenzgesetze dafür Sorge tragen, dass die Entscheidung der Rechtsfälle regelmässig jenem Gerichte obliegt, in dessen Sprengel sich die rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden Thatsachen zugetragen haben. [7]) Dadurch aber, dass der obere Richter im gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht die Zeugen und Sachverständigen selbst verhört, sondern nur die von der Vorinstanz aufgenommenen Protokolle benützen kann, geht ihm eines der wichtigsten Mittel zur Erkenntniss der Wahrheit verloren, da sich der Eindruck der Persönlichkeit des Zeugen oder des Sachverständigen, die grössere oder geringere Bestimmtheit seiner Behauptungen und überhaupt die im Systeme der freien Beweiswürdigung so ausserordentlich bedeutsame Färbung seiner Aussage schlechterdings nicht durch das

---

[7]) Unser Competenzwesen bedarf ohne Zweifel einer gründlichen Reform, welche von dem allgemeinen Gesichtspunkt auszugehen hätte, dass der Rechtsstreit nicht dort zu verhandeln ist, wo dies für den Beklagten am bequemsten ist, sondern bei jenem Gerichte, welches dem Sitze des streitigen Rechtsverhältnisses am nächsten gelegen ist und wo deshalb der Rechtsstreit am gründlichsten durchgeführt werden kann. Demnach wäre der aus dem römischen Rechte übernommene Gerichtsstand des Wohnsitzes zum Mindesten erheblich einzuschränken und durch einen allgemeinen Gerichtsstand des Sitzes der Rechtsverhältnisse zu ersetzen, wobei die besonderen Gerichtsstände des gegenwärtigen Processes manchen Anhaltspunkt geben könnten. Die Ausführung dieses Gedankens im Einzelnen behalte ich einer besonderen Darstellung vor.

Mittel der Schrift fixiren lässt. Das ist also wohl klar, dass der untere Richter dem oberen Richter in der Construction des processualischen Thatbestandes, soweit dieser sich auf die Erklärungen der streitenden Parteien und auf Aussagen von Zeugen und Sachverständigen gründet, nicht nur nicht nachstehen, sondern vielmehr regelmässig überlegen sein wird.

Anders verhält sich dies allerdings bei dem Beweise durch Urkunden und durch die verschiedenen Gattungen der Eide, welche Beweismittel auch in der neueren deutschen Gesetzgebung ihren formellen Charakter unverändert bewahrt haben, indem bei denselben an einen gewissen Thatbestand (Vorlegung von Urkunden in einer bestimmten Form, Abschwörung des Eides) das Fürwahrhalten der zu beweisenden Thatsache von Gesetzeswegen geknüpft ist. Hier handelt es sich also lediglich darum, ob der Eid abgeschworen oder Urkunden von einer gewissen Form vorgelegt worden sind, ohne dass es noch weiter darauf ankommt, ob die Beschaffenheit der beweisenden Thatsachen eine innere Wahrscheinlichkeit für die Existenz der zu erweisenden Facten begründet. Zur Entscheidung dieser rein juristischen Frage ist aber der obere Richter, wie schon früher gezeigt wurde, vermöge seiner tieferen Einsicht in das objective Recht regelmässig besser als der untere Richter befähigt. Doch hat dieser Satz nur in Ansehung des Urkundenbeweises unbedingt seine Wahrheit, während die verschiedenen Gattungen des Eides bei einer zweckmässigen Einrichtung dieses Beweismittels gleichfalls unter jene Gesichtspunkte fallen, welche oben rücksichtlich des Beweises durch Zeugen und Sachverständige von mir entwickelt worden sind.

Das Beweismittel des Eides, wie es selbst die neuesten deutschen Processordnungen festgehalten haben, ist nämlich in doppelter Richtung mangelhaft.[8]) Zunächst des-

[8]) Die Mängel des Parteieneides in seinen verschiedenen Formen sind mit grosser Klarheit und Gründlichkeit dargelegt in dem Aufsatze von Glaser „Die Lehre vom Haupteid im Entwurfe der (österr.) Civilprocess-

halb, weil der Eid in seinen mannigfachen Formen die schwurpflichtige Partei in die Nöthigung versetzt, den Eidessatz in einer Fassung zu betheuern oder zu verneinen, welche von dem Richter festgesetzt worden ist und auf die der Schwörende im Laufe des Rechtsstreites regelmässig nur einen geringen Einfluss ausgeübt haben wird. Diese Nothwendigkeit, bei der eidlichen Aussage über streitige Thatsachen eine fremde Formel zu acceptiren, hat für den Schwörenden dann kein erhebliches Bedenken, wenn die Thatsachen und ihr begrifflicher Ausdruck: die Eidesnorm, vollständig klar und bestimmt sind, wenn also der Eidessatz von der schwurpflichtigen Partei wirklich mit einem einfachen Ja oder Nein beantwortet werden kann. Ganz anders verhält sich dies in den zahlreichen Fällen, wo entweder der juristische Thatbestand complicirt und verworren oder die Eidesformel selbst nicht mit gebührender Bestimmtheit abgefasst ist. Jeder Praktiker weiss, wie schwer es ist, streitige Thatsachen von grösserem Umfang, insbesondere verwickelte mündliche Verhandlungen und Erklärungen von allem überflüssigen Beiwerk zu befreien und lediglich ihrem erheblichen Inhalte nach zusammenzufassen. Und selbst wenn die Streitpartei, welche den Eid aufträgt, und der Richter, welcher denselben zulässt, sich über die Natur der streitigen Thatsachen vollständig klar geworden sind, so ist deren Formulirung

ordnung" in seinen gesammelten kleineren Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess, 2. Bd. (1868) S. 436—476, auf welche Darstellung hier zur Vervollständigung der im Texte gegebenen Andeutungen hingewiesen wird. Glaser knüpft an seine Kritik des Parteieneides den Vorschlag, dieses Beweismittel durch die im englischen Processe seit einer Reihe von Jahren eingeführte Vernehmung der Parteien als Zeugen (a. a. O. S. 480—482) zu ersetzen. Die projectirte Reform hat Glaser in seiner gegenwärtigen Stellung als österr. Justizminister durch das in der folgenden Note ausgezogene Gesetz praktisch durchgeführt. Vgl. über das Beweismittel der Vernehmung der Parteien als Zeugen auch die trefflichen Ausführungen von Bar a. a. O. S. 125—149 und Planck in den Verhandlungen des zweiten Juristentages, Bd. 1, S. 71. 72.

in klaren und allgemein verständlichen Worten noch immer mit den grössten Schwierigkeiten verbunden, da bei dem ausserordentlichen Schwanken aller menschlichen Begriffe und ihrer Bezeichnungen die Eidesformeln nothwendig den verschiedensten Deutungen unterliegen müssen. In allen diesen Fällen, wo der juristische Thatbestand verworren oder die Eidesform unklar und zweideutig ist, erscheint aber der Parteieneid als ein höchst bedenkliches Beweismittel, welches den Ausgang der Rechtsstreitigkeiten der Gewissenlosigkeit oder doch der Leichtfertigkeit anheim gibt und meineidige Parteien auf Kosten ihrer Gegner begünstigt.

Ein zweiter wichtiger Nachtheil, welcher mit den Parteieneiden in ihrer gegenwärtigen Gestalt verbunden ist, besteht darin, dass diese Eide sich immer als rein einseitige Aussagen einer einzelnen Streitpartei über die Thatsachen des Eidessatzes darstellen und in Folge dessen der Controle durch das Zeugniss der Gegenpartei vollständig entbehren. Ganz besonders grell tritt dieses Missverhältniss in allen Fällen hervor, wo der juristische Thatbestand an sich unbestimmt und verworren ist, wo also die Processparteien auch bei voller Wahrhaftigkeit doch wesentlich verschiedene Auffassungen der streitigen Thatsachen kundgeben können. Erwägt man nun noch, dass die geltenden Processgesetze fast ausnahmslos den Glaubenseid in grösserer oder geringerer Ausdehnung zulassen, so ist wohl offenbar, dass die Parteieneide in ihrer gegenwärtigen Gestalt sich für die überwiegende Anzahl von Rechtsstreiten als durchaus unzweckmässige und werthlose Beweismittel darstellen, deren Zweck lediglich darin zu bestehen scheint, ohne Rücksicht auf das wirkliche Recht einen formellen Abschluss der Processe zu gewähren.

Alle diese unleugbaren Mängel des Beweises durch Parteieneide können in den meisten Fällen dadurch vermieden werden, dass man an die Stelle dieses Beweismittels die Vernehmung der Parteien als Zeugen setzt. Werden

die Processparteien in den zwanglosen Formen, welche den Zeugenbeweis des mündlichen Verfahrens kennzeichnen, von dem Gerichte abgehört, so können sie die streitigen Thatsachen nach ihrer Weise selbständig darstellen, sie brauchen verworrene Thatbestände durch Abschwörung der Eidesnorm nicht wider besseres Wissen und Gewissen zu modificiren. Jeder Streittheil wird mehr als bei der gegenwärtigen Einrichtung der Parteieneide Bedenken tragen, falsche oder halbwahre Thatsachen zu beschwören, da dem Richter in der Abhörung der Gegenpartei ein Correctiv unrichtiger Parteienaussagen gegeben ist. Und wenn dessenungeachtet der Widerspruch zwischen den Behauptungen der streitenden Parteien sich nicht aufheben lassen sollte, so ist der Richter nicht an die Aussage eines Streittheiles durch formelle Beweisvorschrift gebunden, sondern er kann den Thatbestand auf Grundlage der Parteienvernehmung nach seinem freien, durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen construiren.

Aus diesen Gründen erachte ich die Verdrängung der Parteieneide und deren Ersetzung durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen im Interesse der deutschen Rechtspflege für nothwendig. In Oesterreich ist bereits mit der Einführung dieses Beweismittels für ein beschränktes Gebiet des Civilprocesses der Anfang gemacht worden [9]) und

---

[9]) Das Beweismittel der Vernehmung der Parteien als Zeugen wurde in die österr. Gesetzgebung durch das Gesetz vom 27. April 1873, Nr. 66, über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (Bagatellverfahren) eingeführt. Da dies m. W. der erste Versuch ist, welchen die deutsche Gesetzgebung mit der neuen Beweisform gemacht hat, so wird es vielleicht nicht ohne Interesse sein, die darauf sich beziehenden Bestimmungen des Gesetzes hier zu reproduciren. Diese sind: §. 53. Der Beweis über streitige, für die Entscheidung erhebliche Thatsachen kann auch durch eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen geführt werden. Diese Beweisführung ist auf Antrag oder von Amtswegen anzuordnen, wenn der Beweis durch die von den Parteien sonst angebotenen Beweismittel nicht hergestellt ist. §. 54. Parteien, in Ansehung deren Vernehmung oder Beeidigung einer der Ausschliessungsgründe des §. 41, Ziffer 1 bis 3, oder des §. 43, Absatz 1,

dürften wohl auch in der künftigen allgemeinen Cilvilprocessordnung die aus dem römisch-canonischen Processe überkommenen Parteieneide nicht mehr als Beweismittel erschei-

---

vorliegt, dürfen nicht abgehört werden. §. 55. Die Partei, welcher der Beweis über die streitige Thatsache obliegt, ist in der Regel zuerst als Zeuge abzuhören. Der Richter kann aber beschliessen, dass zuerst die Gegenpartei abzuhören sei, wenn dies von den Parteien übereinstimmend beantragt wird, oder sonst zur Ermittlung der Wahrheit förderlich erscheint. §. 56. Jede Partei kann verlangen, nach der Abhörung des Gegners auch ihrerseits zur Abhörung als Zeuge zugelassen zu werden. Der Richter kann aber auch, wenn eine Partei die Aussage verweigert hat, oder wenn er findet, dass durch deren Aussage keine hinlängliche Gewissheit über die zu beweisende Thatsache hergestellt ist, die Abhörung des Gegners selbst von Amtswegen verfügen. §. 57. Ob in den Fällen, in welchen die Abhörung der beweispflichtigen Partei nach den Bestimmungen des §. 54 unstatthaft oder aus dem Grunde ausgeschlossen erscheint, weil der Richter die Ueberzeugung gewonnen hat, dass diese Partei von der streitigen Thatsache keine Kenntniss haben könne, die Beweisführung durch Abhörung von Parteien als Zeugen ganz auszuschliessen, oder die Gegenpartei zur Ablegung der Aussage als Zeuge zu verpflichten sei, hat der Richter unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen. §. 58. Die von einer Partei als Zeuge abgelegte Aussage ist, wenn sie falsch ist, als ein vor Gericht abgelegtes falsches Zeugniss anzusehen. Die strafgesetzlichen Bestimmungen über die Erbietung zum falschen Eide oder Zeugnisse finden auf Erklärungen oder Aussagen der Partei, welche ihrer Abhörung als Zeuge vorausgegangen sind, keine Anwendung. §. 59. Wenn der Richter die Abhörung einer Partei als Zeuge anzuordnen findet, so hat er diesen Beschluss zu verkünden. Ist die Partei nicht in Person anwesend, so ist deren Vorladung unter Mittheilung der Thatsache, über welche die Abhörung stattfinden soll, zu verfügen. Ist das Erscheinen der Partei wegen grösserer Entfernung ihres Aufenthaltsortes mit besonderer Beschwerde verbunden, so ist deren Abhörung durch das Gericht des Aufenthaltsortes zu veranlassen. §. 60. Der Partei ist vor ihrer Vernehmung als Zeuge, unter Hinweisung auf die strafrechtlichen Folgen (§. 58), ausdrücklich anzukündigen, dass sie nunmehr in der Eigenschaft eines Zeugen auszusagen haben werde. Vor dieser Ankündigung kann jedoch der Richter zur Aufklärung des Sachverhaltes eine vorläufige Befragung vornehmen, wobei auch die Bestimmungen des §. 26 zur Anwendung kommen. §. 61. Die Partei ist vor ihrer Abhörung als Zeuge zu beeidigen. Wenn der Richter nach erfolgter eidlicher Abhörung der einen Partei in Gemässheit des §. 56 die Abhörung des Gegners als Zeugen beschliesst, so kann er sich vorbehalten, über dessen Beeidigung nach erfolgter Abhörung Beschluss zu fassen und kann sohin die Beeidigung unter-

nen. Auch in dem deutschen Reich wird sich die Gesetzgebung, wenngleich die letzten Entwürfe einer deutschen Civilprocessordnung noch die Eide in ihrer bisherigen Ge-

lassen, wenn sich die abgelegte Aussage als ganz unwahrscheinlich darstellt. §. 62. Die Anwendung von Zwangsmassregeln, um eine Partei zum Erscheinen vor Gericht als Zeuge oder zur Ablegung der Aussage zu verhalten, ist unstatthaft. Durch die im §. 42, Ziffer 2 und 3, bezeichneten Gründe wird die Verweigerung der Aussage von Seite einer als Zeuge abzuhörenden Partei nicht gerechtfertigt. Im Uebrigen kommen die für die Vernehmung von Zeugen geltenden Vorschriften zur Anwendung. Welchen Einfluss es auf die Herstellung des Beweises habe, wenn die Partei ohne genügende Gründe die eidliche Abhörung oder die Beantwortung einzelner Fragen ablehnt, oder wenn die zum Zwecke der Abhörung vorgeladene Partei nicht erscheint, hat der Richter unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen. §. 63. Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens gebührt, oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag des Schadenersatzes oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnissmässigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann der Richter, selbst mit Uebergehung eines von der Partei etwa angebotenen Beweises, diesen Betrag, allenfalls nach Abhörung der Parteien als Zeugen über die für die Bestimmung des Betrages massgebenden Umstände, nach Billigkeit festsetzen. §. 64. Wird der Rechtsstreit von dem gesetzlichen Vertreter eines Pflegebefohlenen geführt, so bleibt es dem Ermessen des Richters überlassen, die Abhörung des gesetzlichen Vertreters oder des Pflegebefohlenen, oder Beider als Zeugen zu verfügen. In Rechtsstreitigkeiten einer Vermögensmasse ist in Ansehung der Beweisführung durch Abhörung der Parteien als Zeugen der Vertreter dieser Masse als Partei zu behandeln. In Rechtsstreitigkeiten einer Concursmasse jedoch kann der Richter die Abhörung des Verwalters der Concursmasse oder des Gemeinschuldners, oder Beider verfügen. Ist die Processpartei eine Gemeinde, ein Verein, eine Gesellschaft, Genossenschaft oder eine andere derartige Gesammtpersönlichkeit, so finden auf dieselbe die Bestimmungen der §§. 53 bis 63 keine Anwendung. Eine Beweisführung durch die Aussage der Vertreter einer solchen Gesammtpersönlichkeit kann, gleichwie die Beweisführung durch die Aussage anderer Mitglieder und der Beamten derselben, nur nach den Vorschriften über den Zeugenbeweis stattfinden. Das Recht der Vertreter einer solchen Gesammtpersönlichkeit, die Zeugenaussage aus dem im §. 42, Ziffer 2, aufgeführten Grunde zu verweigern, unterliegt nicht der daselbst bezeichneten Beschränkung; der Richter hat aber unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen, welchen Einfluss eine solche Weigerung auf die Entscheidung der Sache habe. Die in dem vorstehenden Absatze 3 dieses Paragraphes

stalt beibehalten haben, für die Annahme der neuen Beweisform entscheiden müssen.[10])

Denkt man sich nun die verschiedenen Gattungen des Eides aus dem deutschen Gerichtsverfahren verdrängt und durch die Einvernehmung der Parteien als Zeugen ersetzt: so springt sofort in die Augen, welch' erheblichen Einfluss die neue Beweisform auf die Lösung unserer Frage ausüben muss. Ich habe oben darauf hingewiesen, dass die Frage,

enthaltenen Bestimmungen gelten auch für Processbevollmächtigte, wenn der Beweis durch die Abhörung derselben geführt werden soll. §. 65. Die Vorschriften über den Beweis durch den Haupteid, durch den Erfüllungs- und Schätzungseid finden in dem Bagatellverfahren keine Anwendung. Die Abschliessung von Vergleichen, wodurch der Ausgang der Sache von der Ablegung eines durch beiderseitiges Einverständniss festgesetzten Eides abhängig gemacht wird, ist jedoch nicht ausgeschlossen. — Vgl. zu diesen Gesetzesbestimmungen Dominik Ullmann, Das Bagatellverfahren, 1. Aufl. (1873) S. 88—100.

[10]) Der Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung hat die Eide in ihrer bisherigen Form (§§. 391—422 d. E.) beibehalten und sich nur auf einzelne minder erhebliche Reformen beschränkt. Gegenstand des Eides können nur solche Thatsachen sein, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. (§. 391 d. E.) Auf die Leistung des Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen. (§. 401 d. E.) Nach der Absicht der Verfasser des Entwurfs soll der Schwurpflichtige genau die vom Richter festgestellte Eidesformel schwören; die selbständige Darstellung der Eidesfacten durch den Schwurpflichtigen, welche die baierische Processordnung (§§. 455, 456) nach dem Vorbilde der französischen Gerichtspraxis und der Genfer Processordnung (Art. 176) vorschreibt und durch welche der Eidesbeweis dem Zeugenbeweise so sehr genähert wird, soll nach dem deutschen Entwurf nicht gestattet sein (Motive S. 351). Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet. (§. 405 d. E.) Während also der Richter nach dem Entwurfe der deutschen Civilprocessordnung den Thatbestand regelmässig nach seiner freien Ueberzeugung construirt (§. 244 d. E.), was insbesondere auch in Ansehung des Zeugenbeweises gilt, ist bei den eidlichen Aussagen der Streitparteien ein Rest der formellen Beweistheorie festgehalten. Ich halte diesen Gegensatz zweier an sich vollständig analoger Beweisformen für so künstlich und unbegründet, das derselbe durch das allmälige Eindringen der freien Beweiswürdigung in das Rechtsleben des deutschen Volkes beseitigt werden muss.

ob durch die Ablegung eines Eides eine gewisse Rechtsfolge begründet wird, nach der gegenwärtigen Einrichtung dieses Beweismittels lediglich einen juristischen Charakter hat und deshalb von dem oberen Richter eben so gut als von der unteren Instanz, ja regelmässig besser entschieden werden kann. Bei der neuen Form des Parteieneides treten dagegen alle jene Momente in Wirksamkeit, welche uns früher die unmittelbare Vernehmung der Zeugen durch die erste Instanz, und zwar ausschliesslich durch diese, als zweckmässig erscheinen liessen. Ja diese Gründe verdienen in dem vorliegenden Falle vielleicht noch eine grössere Beachtung, da bei der Parteienvernehmung wohl ungleich öfter als bei der Zeugenvernehmung Widersprüche in den Aussagen der Streittheile vorkommen und deshalb die Positivität, mit der die Parteien ihre Behauptungen vorbringen, der Totaleindruck ihrer Persönlichkeit und überhaupt alle jene unfassbaren Momente, welche einer Aussage Ton und Farbe verleihen, zur Construction des wahren Sachverhalts von weit höherem Gewichte sein werden.

Was endlich die vierte Beweisform: den Urkundenbeweis betrifft, so lässt sich nicht verkennen, dass der obere Richter sich bei dieser Beweisgattung in einer viel günstigeren Lage als bei dem Beweise durch Geständniss der Streittheile, bei dem Zeugen- und Sachverständigenbeweise, dann dem Beweise durch eidliche Parteienaussagen befindet. Wie ich schon früher dargethan habe, ist das wichtigste Element des Urkundenbeweises: der Inhalt der Urkunde, dauernd und allgemein erkennbar fixirt, es kann daher auch die obere Instanz denselben einer vollständig sachgemässen Beurtheilung unterziehen, zumal da die Civilrechte die Beachtung der mündlichen Verhandlungen, welche vor oder bei Abfassung von schriftlichen Verträgen stattgefunden haben, in grösserer oder geringerer Ausdehnung ausschliessen. Ein Processverfahren, wie das französische, welches den Zeugenbeweis in fast allen wichtigeren Rechtssachen nicht zulässt und in welchem die streitigen Thatsachen vor-

herrschend durch Urkunden und durch Parteieneide in ihrer bisherigen Einrichtung constatirt werden, kann deshalb die Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel in den höheren Instanzen unbedenklich gestatten.[11]

Das Resultat dieser Betrachtung ist demnach, dass die Ausschliessung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in den höheren Instanzen sich für das deutsche Gerichtsverfahren als zweckmässig darstellt, dass also die Construction des Thatbestandes lediglich in die Hände des ersten Richters gelegt werden soll. Es erübrigt daher nur noch, die zweite der oben aufgestellten Fragen zu beantworten, nämlich wie dieses Princip im Einzelnen durchgeführt werden soll. Bei Erörterung dieser Detailfragen mag uns der Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung in seiner letzten Fassung (1872) als Leitfaden dienen.

Das Verhältniss des deutschen Entwurfes zu unserer Frage lässt sich in folgende kurze Sätze zusammenfassen. Der Entwurf kennt die Mitwirkung des Laienelementes an der Civilrechtspflege nur in dem herkömmlichen Umfang, da eine solche nur bei den Handelsgerichten, nicht aber bei den ordentlichen Collegial- (Land-) und Einzel- (Amts-) Gerichten stattfinden soll.[12] Die Vorführung neuen Beweisstoffes in den höheren Instanzen ist regelmässig ausgeschlossen, indem den Parteien gegen die Urtheile der Land- und Handelsgerichte nur das neu gebildete Rechtsmittel der Revision und der Ober-Revision offen steht, dessen Eigenthümlichkeit eben darin besteht, dass es nicht auf neue Thatsachen und Beweismittel, sondern lediglich auf eine Gesetzesverletzung des unteren Richters gestützt werden kann.[13] Dagegen unterliegt das Rechtsmittel gegen die Urtheile der Amtsgerichte: die Berufung, nicht der gleichen

[11]) Bar a. a. O. S. 95.

[12]) Vgl. Motive S. 45, 56.

[13]) Ueber die Thatsachen, welche zur Nachweisung der Gesetzesverletzung in den Revisionsinstanzen benützt werden dürfen, ferner über die Beweismittel, durch welche erstere erwiesen werden können, siehe unten.

Beschränkung, das dadurch eröffnete Verfahren hat vielmehr den Charakter eines völlig neuen Judiciums, in welchem das Rechtsverhältniss von dem Gerichte und den streitenden Parteien sowohl nach seinen rechtlichen als auch nach seinen thatsächlichen Beziehungen abermals verhandelt wird.[14])

Was nun zuvörderst die Ausnahme von unserem Princip betrifft, welche der deutsche Entwurf im Verfahren vor dem Amtsgerichte zulässt, so ist dieselbe allerdings durch die in Deutschland und fast allen europäischen Continentalstaaten bestehenden Verhältnisse vollständig gerechtfertigt. Muss man sich einmal dazu entschliessen, den grössten Theil der Rechtspflege unerfahrenen Einzelrichtern anzuvertrauen, so erübrigt wohl nichts, als denselben durch eine volle zweite Instanz ein Correctiv an die Seite zu setzen.[15])

---

[14]) Die Berufung ist in den wesentlichen Punkten dem französischen Appel nachgebildet und es wird deshalb von dem Entwurfe in dem Berufungsverfahren die Vorführung neuer Thatsachen und Beweismittel in unbeschränktem Maasse zugelassen. (§§. 453, 457, 460, 464.) Vor welchem Gerichte die Berufungen gegen Endurtheile der Amtsgerichte zu verhandeln sind, wird im Entwurfe selbst nicht ausdrücklich bestimmt; doch setzen die Motive S. 56 voraus, dass der Rechtszug von den Amtsgerichten an das vorgesetzte Landgericht (Gerichtshof erster Instanz) und nicht an die Revisionsinstanz (Oberlandesgericht) zu gehen hat. (Vgl. auch Bar a. a. O. S. 199—203.)

[15]) Die Competenz der Einzelgerichte und der Collegialgerichte weist nach dem Entwurfe einer deutschen Civilprocessordnung und dessen Begründung ein günstigeres Verhältniss auf, als dies meines Wissens bisher in irgend einem grösseren Reiche der Fall gewesen ist, zumal wenn man das vorgeschlagene Rechtsmittelsystem in Erwägung zieht. Die Einzelgerichte (Amtsgerichte) sollen nämlich nur in Rechtssachen bis zu einem Betrage von 100 Thalern erkennen, während in allen Rechtssachen von höherem Belange die Landgerichte zu sprechen haben, welche in Senaten von fünf Richtern urtheilen. (Motive S. 44. 56.) Weniger günstig ist das Verhältniss in der französischen Gerichtsverfassung (§. 1, Note 6), nach welcher zwar die Einzelgerichte nur in Rechtssachen bis zu 200 Francs erkennen, wo aber die Gerichtshöfe nur in Senaten von drei Richtern verhandeln und überdies der grösste Theil der Rechtssachen der Anfechtung durch die Berufung entzogen ist. Am ungünstigsten sind die Competenz-

Geht überdies die Berufung, wie es nach dem Entwurfe beabsichtigt ist, von dem Amtsgerichte an das unmittelbar überordnete Collegialgericht, das Landgericht, so entfallen zugleich auch jene Bedenken, welche die Entfernung der zweiten Instanz von dem Schauplatze der rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden Thatsachen regelmässig zur Folge hat. Fraglich bleibt nur, ob es sich überhaupt rechtfertigen lässt, dass der Staat seine wichtigste Aufgabe: den Rechtsschutz, zum grossen Theile den ungeübten Händen solcher Personen überlässt, gegen deren Missgriffe er schon zum Voraus ausserordentliche Massregeln treffen muss. Wenn man die unermesslichen Summen in Berechnung zieht, welche die Opferwilligkeit der continentalen Nationen ihren Regierungen zu Staatszwecken zur Verfügung stellt, so dürfte man geneigt sein, die Beantwortung dieser Frage zum Mindesten zweifelhaft zu finden. So lange freilich der moderne Militärstaat mehr die Tendenz hat, nach Aussen hin möglichst viel Unrecht zuzufügen und sich zu diesem Behufe sorgfältig vorzubereiten, als im Inneren das Unrecht kräftig zurückzudrängen, wird eine für alle Rechtssachen gleich sorgfältige, collegial organisirte Justiz immer auf unübersteigliche financielle Schwierigkeiten stossen.

Im Gegensatze zu diesen Abweichungen, welche dem

---

sphären zwischen den Einzel- und Collegialgerichten in den österreichischen Entwürfen abgegrenzt, da nach diesen (§. 26 d. E. v. 1866 u. 1867) alle Rechtsstreitigkeiten, deren Werth 500 fl. nicht übersteigt, vor das Einzelgericht gehören. Ohne Zweifel werden durch diese Bestimmung mindestens 95 Procent aller Civilprocesse der Gerichtsbarkeit der Collegialgerichte entzogen und den Einzelgerichten zugewiesen, da in Oesterreich schon die Rechtsstreitigkeiten bis zu einem Betrage von 25 fl. nicht weniger als drei Viertel der gesammten Processe ausmachen (s. oben §. 2, Note 27). Wenn dessenungeachtet die österreichischen Entwürfe (§. 25 d. E. v. 1866, §. 1 d. E. v. 1867) die collegial organisirten Gerichtshöfe erster Instanz als regelmässiges Forum für Civilrechtsstreitigkeiten hinstellen, so erinnert das unwillkürlich an das bekannte humoristische Blatt, welches in Berlin „täglich mit Ausnahme der Wochentage“ erscheint.

deutschen Entwurf sich als nothwendige Consequenzen der beabsichtigten Gerichtsorganisation aufdrängten, hat derselbe für das Verfahren in den höheren Instanzen im Allgemeinen die Ausschliessung neuer Thatsachen mit Energie und Folgerichtigkeit durchgeführt. Als leitender Grundsatz des Rechtsmittel- (Revisions- und Oberrevisions-) Verfahrens nach dem deutschen Entwurfe kann gelten, dass die höheren Instanzen lediglich zu prüfen haben, ob der Rechtsfall von dem ersten Richter gesetzlich verhandelt und gesetzlich entschieden wurde. Der geringfügige Beweisapparat, welchen die Parteien vor dem oberen Richter überhaupt entwickeln können, hat lediglich den Zweck, die nöthigen thatsächlichen Grundlagen für die Entscheidung der Frage zu gewinnen, ob die Thätigkeit des ersten Richters in formeller Beziehung während der Processverhandlung und in materieller Beziehung bei Schöpfung des Urtheils eine gesetzmässige gewesen sei. Für die Entscheidung des Revisions- und Oberrevisionsgerichtes in der einen und der anderen Richtung sind die Thatsachen massgebend, welche der erste Richter festgestellt hat, insofern diese Feststellung in gesetzmässiger Weise stattgefunden hat. Insoweit die Revision oder die Oberrevision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urtheil aufzuheben. Erfolgt die Aufhebung des Urtheils wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.

Eine vollkommen consequente Durchführung des Grundsatzes, dass der obere Richter jedes ungesetzmässige Verfahren und jedes ungesetzmässige Urtheil aufheben soll, würde jedoch die praktische Wirksamkeit der Rechtspflege in hohem Maasse gefährden. Principiell hat freilich jeder Gerichtspflichtige einen unzweifelhaften Anspruch, dass nicht nur die Endentscheidung, sondern auch alle Schritte, welche zu derselben führten, dem Rechte gemäss seien, er kann also nicht blos eine gesetzmässiges Urtheil, sondern auch ein gesetzmässiges Processverfahren verlangen.

Denkt man sich jedoch ein Rechtsmittelsystem, wodurch jedes Processverfahren aufgehoben werden kann, in welchem von Seite des Richters oder der Parteien eine Verletzung des Gesetzes erfolgt ist, auch wenn diese auf das Schlussresultat des Processes von keinem Einflusse gewesen ist: so springt sofort in die Augen, dass ein solches Rechtsmittelsystem zu dem Umsturz aller unterrichterlichen Urtheile, zu einem fortwährenden Schwanken aller durch die Vorinstanzen gewonnenen Resultate führen müsste. Denn die Rechtsverhältnisse, welche unser hochentwickeltes Verkehrsleben hervorbringt, sind oft so schwierig und verworren, unser Process selbst ist ein so complicirter Mechanismus, dass eine vollständige Gesetzmässigkeit des Verfahrens in zahlreichen Fällen nicht leicht zu erreichen sein wird. Will daher die Gesetzgebung nicht unerreichbaren Zielen nachstreben, sondern den praktischen Bedürfnissen des Lebens Genüge leisten, so kann sie nur jene Gesetzesverletzungen der controlirenden Thätigkeit der oberen Gerichte unterwerfen, welche geeignet sind, die wesentlichen Zwecke der Rechtspflege zu gefährden. Der wichtigste Zweck des Civilverfahrens ist aber die Entscheidung der Rechtsfälle durch den Richter, die definitive Ordnung der Rechtsverhältnisse in dem den Rechtsstreit abschliessenden Urtheil.[16]) Mit Recht bestimmt deshalb der deutsche Entwurf (§. 479), dass die Revision nur darauf gestützt werden kann, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes (oder auf der unrichtigen Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft) beruhe. Nur jene Verletzungen des objectiven Rechtes bilden demnach einen Gegenstand der beiden Rechtsmittel, wo zwischen der Gesetzwidrigkeit und dem Inhalte des Urtheils ein erkennbarer Causalnexus

[16]) Ein weiterer wichtiger Zweck des Civilverfahrens besteht allerdings darin, die Staatsgenossen durch seine Existenz von Privatrechtsverletzungen abzuhalten, also dem Eintritt des Civilunrechts vorzubeugen; allein auch dieser Zweck wird schon dadurch erreicht, dass der Staat für die Gesetzmässigkeit des Schlussresultats aller Processe Sorge trägt.

besteht, wo der Irrthum des Richters im Laufe des Verfahrens auch wirklich ein irriges Schlussresultat herbeigeführt hat.

Weniger richtig als die principielle Auffassung der beiden Rechtsmittel scheint mir eine Reihe von Bestimmungen zu sein, welche die Durchführung jenes Princips im Detail zum Gegenstand haben. Nachdem nämlich der deutsche Entwurf das Princip des deutschen Rechtsmittelverfahrens aufgestellt hat, wornach nur dann eine Gesetzesverletzung die Revision oder die Oberrevision begründen soll, wenn auf ihr die angefochtene Entscheidung beruht, zählt derselbe im §. 481 eine Reihe von Fällen auf, in welchen die Entscheidung immer als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wo also die Rechtsmittel der Revision und der Oberrevision kraft einer Fiction selbst dann zugelassen werden, wenn sich klar erkennen lässt, dass die Gesetzesverletzung auf den Inhalt des Urtheils gar keinen Einfluss geübt hat. Diese besonderen Fälle, auf welche der Entwurf die Rechtsmittel der Revision und Oberrevision über ihren natürlichen Begriff hinaus ausgedehnt hat, sind die nachfolgenden: Wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmässig besetzt war; wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramtes in dem Rechtsstreite kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniss mittelst eines Ablehnungsgesuches ohne Erfolg geltend gemacht ist; wenn ein erkennender Richter wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt und dem Ablehnungsgesuch Folge gegeben war; wenn das Gericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat; wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Processführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat; wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind; endlich wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

Augenscheinlich hat der Entwurf mit diesen Bestimmungen eine Verschmelzung des neugeschaffenen Rechtsmittels der Revision und der Oberrevision mit der in Preussen und anderen deutschen Staaten bestehenden Nichtigkeitsbeschwerde beabsichtigt.[17]) Das eigenthümliche Gebiet der Revision und der Oberrevision sind die Gesetzesverletzungen, welche auf den Inhalt des Urtheils einen erkennbaren Einfluss geübt haben; an diese wurden die oben angeführten sieben Fälle gereiht, in welchen jener ursächliche Zusammenhang zwischen der rechtswidrigen Handlung des Richters und dem Inhalte des Urtheils kraft gesetzlicher Vorschrift auch dann angenommen werden soll, wenn ein solcher Causalnexus aus dem Verlaufe des Processverfahrens und dem Inhalte der Entscheidung an sich nicht wahrnehmbar ist. Ich halte diese Fiction theils für überflüssig, theils für unbegründet. Für überflüssig bei jenen im Entwurfe aufgezählten Fällen, wo der Einfluss des gesetzwidrigen Verfahrens auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung ohnedies nach der eigenthümlichen Natur dieser Gesetzesverletzungen unter allen Umständen ein unleugbarer ist. Kein Revisions- oder Oberrevisionsgericht würde auch ohne die ausdrückliche Vorschrift des §. 481 Bedenken tragen, das Urtheil aufzuheben, wenn die Parteien in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten oder das erkennende Gericht nach Zahl und Beschaffenheit der Richter nicht gehörig besetzt war, da in

---

[17]) Die im §. 481 d. E. angeführten Revisionsgründe entsprechen im Allgemeinen den processualischen Nichtigkeitsgründen, welche die Civilprocessgesetze Preussens und der übrigen deutschen Staaten anerkennen, wenngleich das Detail dieser Bestimmungen und noch mehr die Ausdrucksweise der zahlreichen Processordnungen manche Verschiedenheiten aufweisen. (Vgl. Koch, Die [preussische] Processordnung nach ihrer heutigen Geltung, 6. Aufl. 1871, S. 484—502, wo die wesentlichen Processvorschriften zusammengestellt sind, deren Verletzung nach preussischem Rechte die Nichtigkeit zur Folge hat. S. auch Hannover'sche P. O. §. 431; Entw. der deutschen Bundeskomm. §. 609; Oesterr. Entw. v. 1867, §. 692; Württemberg'sche P. O. Art. 733; Baier. P. O. Art. 788 u. A.)

diesen Fällen eben das gesetzwidrige Handeln des unteren Richters zur Folge gehabt hat, dass nicht sowohl ein richterliches Urtheil, als vielmehr blos der Schein eines solchen vorhanden ist. Dagegen halte ich es für unbegründet, wenn der Entwurf (§. 481 Z. 4 und 7) verfügt, dass der obere Richter das Urtheil in allen Fällen aufzuheben hat, wenn das untere Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen oder seine Entscheidung nicht mit Gründen versehen hat. Was den ersten Punkt betrifft, so ist allerdings durch die Bestimmungen des Entwurfs in Betreff der stillschweigenden Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte dafür gesorgt, dass die Aufhebung der Urtheile aus dem Grunde der Incompetenz nicht allzu häufig erfolgen kann.[18]) Allein auch so werden nicht selten Fälle eintreten, wo aus dem ganzen Inhalte der Verhandlung und des Urtheils sich mit Bestimmtheit ergibt, dass der Missgriff in der Wahl des Gerichtshofes auf die Entscheidung selbst von keinem schädlichen Einfluss gewesen ist.[19]) Dass in diesen Fällen

---

[18]) Nach §. 38 d. E. wird ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig. Eine stillschweigende Vereinbarung ist schon dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt. (§. 39 d. E.) Doch ist die Prorogation des Gerichtsstandes, mag dieselbe nun ausdrücklich oder stillschweigend sein, in allen Fällen unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist. Dadurch sind alle Klagen auf Anerkennung von Familienrechten, insbesondere die so häufig vorkommenden Klagen auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, ferner die Klagen zur Geltendmachung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen (§. 25 d. E.) der Prorogation des Gerichtsstandes entzogen. In allen diesen Fällen wird demnach, wenn ein incompetentes Gericht das Urtheil gesprochen hat, in Gemässheit des §. 481, Z. 4 die Nichtigkeit des Verfahrens eintreten.

[19]) Eine solche augenfällige Incongruenz zwischen den thatsächlichen und rechtlichen Folgen der Wahl eines incompetenten Gerichtshofes wird namentlich bei Klagen aus der ausserehelichen Schwängerung nicht selten

die Aufhebung des Urtheils sich nicht rechtfertigen lässt, liegt auf der Hand, wie denn überhaupt auch noch die neuesten Processordnungen zur Aufrechthaltung der Competenzgrenzen einen Apparat in Bewegung setzen, der gegenwärtig bei der gleichmässigen Einrichtung und Besetzung der Gerichte in allen europäischen Culturstaaten zu dem beabsichtigten Zwecke ausser allem Verhältnisse steht. Noch unrichtiger ist es, wenn der Entwurf verfügt, dass die oberen Gerichte jedes Urtheil aufzuheben haben, welches von dem Untergerichte nicht mit Entscheidungsgründen versehen worden ist. Oft, namentlich in Contumacialfällen ist die Beifügung von Entscheidungsgründen eine nichtssagende Förmlichkeit, welche die Gerichte vieler Länder ohne Schaden für die Rechtspflege zu unterlassen pflegen und deren Nichtbeobachtung die Aufhebung des Urtheils gewiss nicht hinreichend zu begründen vermag.[20]) In allen diesen Fällen, wo die Aufhebung der Urtheile entweder überflüssig oder selbstverständlich ist, hätte die Vor-

---

wahrzunehmen sein, da diese Klagen nach der Auffassung mancher Gesetzgebungen familienrechtlicher Natur sind und in Folge dessen die Prorogation nach dem Entwurfe nicht zulassen würden (s. vorige Note), während sie doch im Wesentlichen in blossen Geldansprüchen der geschwängerten Frauensperson an ihren Verführer bestehen.

[20]) Es lässt sich nicht verkennen, dass die überwiegende Anzahl von Processordnungen bei Urtheilen den Mangel der Entscheidungsgründe als Nichtigkeitsgrund anerkennt. (Entw. d. deutsch. Bundesk. §. 609, Z. 16; Oesterr. Entw. v. 1867, §. 692, Z. 16; Württemberg'sche P. O., Art. 733, Z. 14; Baierische P. O. Art. 788, Z. 4.) In dem deutschen Entwurfe (§. 481, Z. 7) erregt dieser Nichtigkeitsgrund deshalb weniger Bedenken, weil die Aufhebung des erstrichterlichen Urtheils aus diesem Grunde regelmässig nicht die Zurückverweisung des Rechtsfalles an die erste Instanz zur Folge haben wird, sondern das höhere Gericht wohl in den meisten Fällen in Gemässheit des §. 495 d. E. sofort seinerseits zur Urtheilsfällung schreiten kann. Auch unter dieser Voraussetzung ist aber der Nichtigkeitsgrund nicht ohne Bedeutung, indem dadurch Difformität der von den Vorinstanzen gefällten Entscheidungen eintritt und in Folge dessen (§. 498 d. E.) die Oberrevision zulässig ist.

schrift des §. 479 Entw. für sich vollständig genügt, es würde der Entwurf durch die einfache Streichung des §. 481 dem Tadel entgehen, theils etwas ganz Ueberflüssiges zu sagen, theils einen unnützen, den wahren Interessen der Rechtspflege schädlichen Formalismus zu pflegen.

Sieht man von diesem störenden Elemente ab, welches der Entwurf dem ganz richtig gedachten Rechtsmittel der Revision und der Oberrevision beigemischt hat, so ist dieses von dem Cassationsrecurse des französischen, der Nichtigkeitsbeschwerde des preussischen Rechtes und von den ähnlichen Rechtsmitteln der deutschen Processordnungen völlig verschieden. Das wesentliche Merkmal der Cassations- und der Nichtigkeitsbeschwerde besteht eben darin, dass diese nicht jede Verletzung der materiellen und formellen Civilrechtssätze als taugliche Grundlage des Rechtsmittels zulassen, sondern aus der Gesammtheit der Rechtssätze des Civilrechtes und Processes bestimmte Gruppen von Rechtsregeln herausheben, deren Verletzung allein durch jene Rechtsmittel wieder beseitigt werden kann. Was zuvörderst das französische Recht betrifft, so findet der Cassationsrecurs nur dann statt, wenn eine materiellrechtliche Vorschrift direct verletzt oder eine solche processualische Rechtsregel ausser Acht gelassen wurde, deren Beobachtung das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit gebietet.[21]) Das preussische Recht gestattet zwar, was das materielle Recht betrifft, die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines Rechtsgrundsatzes, d. h. jeder Rechtsnorm, auch wenn sie sich nicht auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes gründet[22]); allein die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Ver-

---

[21]) Vgl. oben §. 1 Note 7, §. 5 Note 8.

[22]) Nach dem preussischen Recht bildet also die Verletzung jedes, dem materiellen Civilrechte angehörigen Rechtssatzes einen hinreichenden Grund zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde. (Verordn. v. 14. Dec. 1833, §. 4. Vgl. auch Koch a. a. O. S. 476, Anm. 1c, ferner die Motive zu dem Entwurfe einer Processordnung für den preussischen Staat 1864, S. 161.) Es ist daher unrichtig, wenn einzelne Schriftsteller jene Bestim-

letzung processualischer Rechtsnormen ist auf einzelne wenig zahlreiche Fälle beschränkt, welche die Verordnung vom 14. December 1833 und spätere Gesetze ausdrücklich festgesetzt haben. [23]) Nach beiden Rechten entzieht sich demnach eine grosse Anzahl von Gesetzesverletzungen der Remedur durch das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, und der Nichtigkeitsrichter darf Urtheile, welche auf solchen Verletzungen des materiellen oder formellen Rechtes beruhen, selbst dann nicht beseitigen, wenn klar zu erkennen ist, dass die fehlerhafte Anwendung des Gesetzes zu einer fehlerhaften Entscheidung geführt hat.

Alle diese Einschränkungen sind vollständig willkürlich und im Interesse der streitenden Parteien wie auch im öffentlichen Interesse gleichmässig zu verwerfen. Im Parteieninteresse, weil es den Streittheilen offenbar sehr gleichgiltig ist, ob ein ungerechtes Urtheil, welches ihre Rechte beschädigt, auf einer directen oder indirecten Verletzung von materiellrechtlichen Vorschriften beruht, dann ob es sich als Folge der Ausserachtlassung von wesentlichen oder

mung des preussischen Rechtes so auffassen, dass nur die principiellen Bestimmungen des Civilrechtes eine taugliche Grundlage der Nichtigkeitsbeschwerde bilden können. Auch der Recurs, welcher in Bagatellsachen (bis zum Betrag von 50 Thalern) das einzige zulässige Rechtsmittel bildet, kann wegen der Verletzung jedes Rechtsgrundsatzes ergriffen werden. (Ges. v. 20. März 1854, §. 6, Z. 2.)

[23]) Während die Verordnung vom 14. Dec. 1833 jede Verletzung materieller Rechtsregeln als tauglichen Nichtigkeitsgrund anerkennt (vgl. vorige Note), wird von derselben die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung processualischer Vorschriften nur in bestimmten, wenngleich ziemlich zahlreichen Fällen zugelassen. (Vgl. §. 4 u. 5 der Verordn. v. 14. Dec. 1833 und die dazu gehörigen nachträglichen Verordnungen bei Koch a. a. O. S. 484.) Der Recurs in Bagatellsachen (siehe vorige Note) ist wegen processualischer Nichtigkeiten nur zulässig, wenn gegen die klare Lage der Sache erkannt ist oder erhebliche Thatsachen unbeachtet gelassen oder wesentliche Processvorschriften verletzt sind. (Gesetz vom 20. März 1854.) Das Gesetz bestimmt aber nicht, welche Processvorschriften als wesentlich zu betrachten sind, so dass die Entscheidung dieser Frage — anders als bei der Nichtigkeitsbeschwerde — dem Ermessen des Richters vorbehalten ist.

unwesentlichen Processförmlichkeiten darstellt.[24]) Im öffentlichen Interesse, weil die flagranten Gesetzesverletzungen, welche die neueren Processordnungen ausschliesslich als Nichtigkeitsgründe zulassen, immer nur vereinzelte Erscheinungen bleiben werden, während Missbräuche anderer Art, dafern in der Controle der höheren Gerichte nicht ein Correctiv gegeben wird, sich leicht dauernd behaupten und dadurch der Rechtspflege zum dauernden Nachtheil gereichen können.

Das Resultat dieser Untersuchung ist also, dass das Rechtsmittel der Revision oder der Oberrevision die Nichtigkeitsbeschwerde in Ansehung des Umfangs der Anwendbarkeit beiweitem übertrifft, indem jenes sich auf alle, diese sich nur auf bestimmte Rechtsverletzungen bezieht. Es ist daher ein entschiedener Irrthum, wenn Bähr in seinem vortrefflichen Schriftchen „Ueber das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprocess“ die Revision mit der Nichtigkeitsbeschwerde identificirt, ja sie in Ansehung der processualischen Nichtigkeiten „als das vergleichungsweise beschränkteste Rechtsmittel bezeichnet, welches nur etwa mit der Cassation der hannover'schen Processordnung zu vergleichen wäre, die ebenfalls (§. 431 H. P. O.) nur eine Anzahl extremer Fälle processualischer Verletzung als Cassations-

[24]) Der Gegensatz zwischen der Nichtigkeitsbeschwerde der deutschen Processordnungen und der Revision oder Oberrevision des Entwurfs lässt sich in Ansehung der processualischen Nichtigkeitsgründe so bestimmen, dass der Gesetzgeber in dem ersten Falle zum Voraus allgemein festsetzt, welche processualische Vorschriften er als so wichtig betrachtet, dass deren Verletzung die Nichtigkeit der Verhandlung herbeiführt, während der Richter nach dem Entwurf in jedem einzelnen Fall zu ermessen hat, ob die Ausserachtlassung der Processvorschrift auch ein irriges Schlussresultat herbeigeführt hat, ob also die Gesetzesverletzung sich für diesen besonderen Rechtsstreit als wesentlich darstellt. Dass aber nach der eigenthümlichen Natur des Rechtsfalles oft die gröbsten processualischen Missgriffe ohne Schaden für das Endergebniss des Processes begangen werden können, während vielleicht die Verletzung einer ganz unbedeutenden Processvorschrift ein irriges Urtheil bewirkt, kann wohl nicht bezweifelt werden.

grund gelten lässt“. Vielmehr ist die Revision und die Oberrevision des deutschen Entwurfes gerade in Betreff der processualischen Rechtsverletzungen das umfassendste Rechtsmittel, da nach demselben schon die Ausserachtlassung der geringfügigsten processualischen Vorschrift genügt, um die Revision oder Oberrevision gesetzlich zu begründen, insofern sich nur nachweisen lässt, dass jene Verletzung eine irrige Entscheidung zur Folge gehabt hat. Augenscheinlich wurde Bähr durch die im §. 481 d. Entw. enthaltene Aufzählung irregeführt, welche aber, der oben gegebenen Darstellung zufolge, lediglich den Zweck hat, eine Reihe von processualischen Gesetzesverletzungen auch dann der Revision oder der Oberrevision zu unterwerfen, wenn der Causalnexus zwischen dem Fehler des Richters und dem Inhalte des Urtheils im einzelnen Falle nicht erkennbar ist, wenn also jenes Rechtsmittel nach seinen in dem Entwurfe gegebenen Voraussetzungen (§. 479, 481) an sich nicht zulässig wäre.

Wenn ich dem Gesagten zufolge die Identificirung der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde als richtig nicht anzuerkennen vermag, so halte ich es andererseits für vollständig verfehlt, wenn einzelne Stimmen zwischen einer Appellation ohne die Rechtswohlthat der Neuerungen und den Rechtsmitteln des Entwurfes einen grösseren oder geringeren Unterschied statuiren wollen.[25]) Aus den Ausführungen der Schriftsteller geht freilich nicht ganz klar hervor, worin dieser Unterschied einer Berufung ohne neue Thatsachen und Beweismittel und der Revision und Oberrevision des deutschen Entwurfes eigentlich bestehen soll. Die meisten Stimmen scheinen von der Ansicht ausgegangen zu sein, dass die Revision lediglich die Verletzung des Gesetzes als solchen zum Gegenstande habe, während die Berufung ohne Neuerungen auch auf einen Irrthum des Rich-

[25]) Gneist (?) in den Verhandlungen des neunten deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 333. 334; Bähr a. a. O. S. 34—36 u. A.

ters in der „concreten Beurtheilung der festgestellten Thatsachen“ gestützt werden könne. Darnach könnte die Revision des deutschen Entwurfes nicht mit der Thatsache begründet werden, dass der erste Richter irrthümlicher Weise eine erwiesene Vereinbarung der Parteien als eine Novation, die festgestellte Hingabe einer Geldsumme als eine Zahlung, ein constatirtes factisches Verhältniss des einen Streittheiles zu einer Sache als Besitz aufgefasst habe, während durch die Appellation ohne die Rechtswohlthat der Neuerungen solchen Missgriffen in der Beurtheilung der erwiesenen Thatsachen allerdings abgeholfen werden könnte. Ich halte diese Auffassung des Rechtsmittels der Revision für durchaus unrichtig, wenngleich nicht in Abrede gestellt werden kann, dass einzelne Bestimmungen des Entwurfes zu dieser Deutung berechtigten Anlass gegeben haben. Denn wenn der Richter in dem Urtheile das factische Verhältniss einer Partei zu einer Sache als Besitz auffasst, so geschieht dies nicht zu einem theoretischen Zweck, sondern immer in der Absicht, jenes thatsächliche Verhältniss den Rechtsregeln und Rechtsfolgen des Besitzes zu unterwerfen. Irrt also der Richter in der Subsumtion der Thatsache unter den Rechtsbegriff, so hat dies stets die doppelte Folge, dass einerseits das factische Verhältniss der Herrschaft eines unrichtigen Rechtssatzes unterworfen wird, und dass andererseits der richtige Rechtssatz ausser Anwendung bleibt, welche Fälle eben die thatsächlichen Voraussetzungen der Revision und der Oberrevision nach dem deutschen Entwurfe bilden. Jeder Irrthum in der „concreten Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse“ enthält also immer zugleich auch eine Verletzung des Gesetzes, welche vermittelst der von dem deutschen Entwurfe gebotenen Rechtsmittel beseitigt werden kann.[26])

---

[26]) Alle Rechtssätze lassen sich in letzter Auflösung in hypothetische Urtheile verwandeln, von welchen der Vordersatz die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsregel, der Hintersatz die mit diesem Thatbestand verknüpften Rechtsfolgen enthält (z. B. *Si membrum rupit — talio esto).*

Es lässt sich nicht verkennen, dass die Verfasser des Entwurfes zu dieser Missdeutung, welche das vorgeschlagene Rechtsmittelsystem vielfach erfahren hat, durch eine Bestimmung selbst Anlass gegeben haben. Der Entwurf v. J. 1872 setzt nämlich im §. 479 fest, dass die Revision und in Folge dessen auch die Oberrevision (§. 498) nicht nur wegen einer Verletzung des Gesetzes, sondern auch wegen der unrichtigen Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft erhoben werden kann. Der Entwurf setzt also augenscheinlich voraus, dass auch solche irrthümliche Auslegungen einer Urkunde vorkommen können, welche eine Verletzung des objectiven Rechtes nicht in sich schliessen. In Wirklichkeit ist aber jede fehlerhafte Interpretation einer Urkunde immer zugleich auch eine Verletzung des Gesetzes, gerade so wie sich uns schon oben jeder Irrthum in der „concreten Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse“ als die Verletzung einer Rechtsnorm dargestellt hat, ja die Auslegung der Urkunden kann lediglich als eine besondere Abart jener concreten Beurtheilung der Thatsachen betrachtet werden. Denn die Auslegung, welche der Richter einer Urkunde gibt, wird nur dadurch rechtlich bedeutsam, dass er in dem Urtheile an den angenommenen Willensinhalt

Die Anwendung eines Rechtssatzes erfolgt dadurch, dass der Richter einen concreten Thatbestand dem Vordersatze dieses hypothetischen Urtheils subsumirt und in Folge dessen die damit gesetzlich verknüpfte Rechtsfolge für anwendbar erklärt. Eine Gesetzesverletzung kann demnach sowohl durch eine unrichtige Subsumtion in dem oben S. 117—119 festgestellten Sinn, als auch durch eine falsche Auffassung der in einem Rechtssatze bestimmten Rechtsfolge erfolgen; im ersten Fall wird der Vordersatz, im zweiten der Nachsatz des hypothetischen Urtheils verletzt, unrichtig angewendet. Warum aber gerade die Nachsätze der Rechtsregeln das Vorrecht haben sollen, dass die irrige Auffassung derselben ausschliesslich als eine Gesetzesverletzung anzusehen wäre, ist nicht wohl einzusehen. Mit Recht hat deshalb die Commission einen Zusatzantrag zu §. 480, wornach „Irrthümer in der concreten Beurtheilung der Thatsachen“ ausdrücklich als Gegenstand der Revision bezeichnet werden sollten, zurückgewiesen, da sich dieses Resultat schon aus dem Texte des Entwurfs mit grosser Deutlichkeit ergibt. (Motive zu dem Entw. v. 1872, S. 414.)

gewisse Rechtsfolgen knüpft, denselben bestimmten Regeln des objectiven Rechtes unterordnet. Jeder Irrthum in der Auslegung einer Urkunde schliesst demnach eine fehlerhafte Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe in sich, er bewirkt also, dass auf das Rechtsverhältniss ein unrichtiger Rechtssatz angewendet wird, der richtige dagegen ausser Anwendung bleibt. Da nun in diesem Falle das Rechtsmittel der Revision und der Oberrevision schon nach seiner allgemeinen Natur zulässig ist, so war es nicht nothwendig, der Verletzung des Gesetzes die unrichtige Auslegung von Urkunden über Rechtsgeschäfte als zweiten Hauptfall der Revision anzureihen. Wohl aber musste jener überflüssige Beisatz die Folge haben, dass einzelne Beurtheiler des Entwurfes, weil dieser für einen besonderen Fall der „concreten Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse" die Rechtsmittel der Revision und der Oberrevision ausdrücklich als anwendbar erklärt, für alle übrigen Fälle das Gegentheil als Absicht des Gesetzgebers annahmen.[27])

Als Resultat dieser Untersuchung hat sich uns nunmehr ergeben, dass das Rechtsmittelsystem des deutschen Entwurfes, wenn wir es in seiner Wahrheit auffassen und es nicht durch willkürliche Deutungen einschränken, den Bedürfnissen der Rechtspflege vollständig Genüge zu leisten vermag. Unsere Einwendungen kehrten sich auch lediglich gegen einige Detailvorschriften, durch welche das Rechtsmittel des Entwurfes theils über seine natürlichen Grenzen ausgedehnt, theils im Einzelnen näher bestimmt werden sollte. Es fragt sich also nur noch, wie ist jenes richtige Princip, welches dem Rechtsmittelsystem des deutschen Entwurfes zu Grunde liegt, im Einzelnen processualisch durchzuführen?

Das wichtigste Bedenken, welches uns in dieser Richtung entgegentritt, bezieht sich auf die Form, in welcher

---

[27]) Pfizer Thatbestand und Berufung (1873) S. 11 ff. Stahl a. a. O. S. 166. Schon vor dem Entw. v. 1872 Bähr a. a. O. S. 21 ff.

der Inhalt der mündlichen Verhandlung zur Kenntniss des Revisions- und Oberrevisionsrichters gebracht werden soll. Die Verhandlung der Rechtsstreitigkeiten vor dem ersten Richter ist auch nach dem deutschen Entwurfe vorherrschend mündlich, die schriftlichen Aufzeichnungen, welche während der Dauer des mündlichen Verfahrens von dem Gerichte gemacht werden, sind höchst dürftig und ungenügend, und dennoch soll diese Verhandlung vor dem ersten Richter den begrenzenden Rahmen für die Thätigkeit der Revisions- und Oberrevisionsgerichte bilden. Und so scheint die Unmöglichkeit, dem oberen Richter die Grenzen seiner Macht genau zu bestimmen und zu klarem Bewusstsein zu bringen, die Klippe zu sein, an welcher jenes Princip, obgleich an sich richtig, doch in der Durchführung scheitern muss.

Die Bestimmungen, welche der Entwurf in dieser Richtung getroffen hat, sind die nachfolgenden. Für die Entscheidung des Revisionsgerichtes sind die in erster Instanz gerichtlich festgestellten Thatsachen massgebend. Ausser denselben können nur die im §. 484 Nr. 2, 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden (§. 492 d. E.). Insoweit nämlich die Revision darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, können und müsen die Thatsachen, welche diesen Mangel ergeben, in der Revisionsschrift angeführt werden, auch wenn der untere Richter diese Thatsachen schriftlich nicht fixirt hat (§. 484 Nr. 2). Dasselbe ist der Fall, wenn die Revision darauf gestützt wird, dass unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien (§. 484 Nr. 3 d. E.). Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann jedoch in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemässheit der Bestimmung des §. 252 die Partei das Rügerecht bereits in erster Instanz verloren hat (§. 489 d. E.), d. h. wenn sie auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens

stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste (§. 252 d. E.).[28])

Die Quellen, aus welchen das Revisionsgericht von den das materielle Rechtsverhältniss betreffenden Thatsachen, soweit diese in der ersten Instanz festgestellt wurden (§. 492 Abs. 1 d. E.), ferner von den formellen Processhandlungen und den thatsächlichen Voraussetzungen ihrer Anfechtbarkeit (§§. 489 und 252 d. E.) Kenntniss erhält, sind theils das Gerichtsprotokoll, theils der Inhalt des angefochtenen Urtheils. Was das erstere betrifft, so enthält es ausser den formellen Aufzeichnungen (Zeit und Ort der Verhandlung, Namen des Gerichtes, der Parteien und ihre Beistände) nur wenige besonders hervorragende Thatsachen des Processes, es hat nach der Absicht des Gesetzgebers den Gang der Verhandlung nicht im Detail, sondern blos im Allgemeinen anzugeben. Zu den Thatsachen, deren Feststellung im Gerichtsprotokolle vorgeschrieben ist, gehören: Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird; die Anträge und Erklärungen, deren

---

[28]) Die Bestimmung des §. 252 d. E., welche aus dem französischen Processrecht (oben §. 5 Note 10) in die preussische Verordnung vom 14. Dec. 1833 §. 6 und von da in den deutschen Entwurf übergegangen ist, erscheint sehr zweckmässig, um Streitigkeiten vor dem Revisions- und Oberrevisionsgericht über die Beobachtung der Processförmlichkeiten zu verhindern, da die verletzte Partei zufolge des §. 144 d. E. die Ausübung des Rügerechtes im Gerichtsprotokolle beurkunden lassen muss, so dass die oberen Gerichte in zahlreichen Fällen die Beobachtung der Processförmlichkeiten aus den Acten werden beurtheilen können. In den Fällen aber, wo die Partei zu Folge des §. 252 d. E. zur Ausübung des Rügerechtes bei der nächsten mündlichen Verhandlung nicht verpflichtet ist, dann in jenen Fällen, wo eine weitere mündliche Verhandlung in erster Instanz überhaupt nicht mehr stattfindet und in Folge dessen auch die Verletzung der Processförmlichkeit nicht mehr gerügt werden kann, wird der obere Richter regelmässig jener schriftlichen Grundlage entbehren.

Feststellung besonders vorgeschrieben ist[29]); die Ergebnisse des Augenscheins, des Zeugen- und Sachverständigenbeweises; die Entscheidungen des Gerichtes und deren Verkündigung (§. 141 l d. E.). Selbst die Feststellung der Aussagen der Zeugen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Processgerichte erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt (§. 141 d. E.). Es ist klar, dass ein Gerichtsprotokoll dieser Art dem oberen Richter keine bestimmte Vorstellung von dem Verfahren vor dem ersten Richter zu geben vermag, da es sehr oft ausser den formellen Aufzeichnungen nichts als das Urtheil des Richters, in allen Fällen aber keine fortlaufende zusammenhängende Darstellung der Verhandlung, sondern blos einzelne fragmentarische Notizen über besonders wichtige Ereignisse des Processes enthalten wird. [30])

[29]) Besonders angeordnet ist in dem Entwurf die Feststellung der nachfolgenden Thatsachen: §. 241, Aufforderung des Vorsitzenden an die beweispflichtige Partei zur Nachweisung unbewiesener Thatumstände; §§. 254, 255, Anträge und Erklärungen, welche von dem Inhalte der Schriftsätze abweichen; §. 444, Feststellung der Parteienerklärungen im Verfahren vor den Amts- und Handelsgerichten. Hier kommt vorzüglich die Bestimmung des §. 255 d. E. in Betracht, wornach wesentliche Erklärungen, welche in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Veränderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle beigefügt werden, festzustellen sind.

[30]) Mit Rücksicht auf diesen fragmentarischen Inhalt des Protokolls ist die Bestimmung des §. 144 d. E., wornach die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden kann, im höchsten Grade bedenklich und würde in der Rechtsanwendung zu den weitgehendsten Zweifeln führen. Denn was ist unter den „für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten“ zu verstehen, deren Beobachtung ausschliesslich durch das Sitzungsprotokoll erwiesen werden kann? Die Motive zu dem preussischen Entwurf v. J. 1864, §. 278, welcher mit dem §. 144 d. E. fast wörtlich gleichlautend ist, machen einen Unterschied zwischen den für die einzelne Processsache vorgeschriebenen Förmlichkeiten und den Erklärungen, welche die Parteien in der Sitzung abgegeben haben; nur auf erstere,

Die zweite Quelle, aus welcher der Revisions- oder Oberrevisionsrichter seine Kenntniss des Verfahrens von dem ersten Richter schöpft, ist der Inhalt des Urtheils selbst, welches mittelst des Rechtsmittels der Revision oder der Oberrevision angefochten wird. Das Urtheil enthält in Gemässheit des §. 269 d. E. ausser den blos formellen Daten und der eigentlichen Sentenz, welche hier nicht in Betracht kommen, eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand) und die Entscheidungsgründe, welche zu der Sentenz geführt haben. Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen (§. 269 d. E.). Der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann (§. 270 d. E.).

Augenscheinlich sind jene beiden Elemente des Urtheils: der Thatbestand und die Entscheidungsgründe, die wichtigsten Erkenntnissquellen, welche dem oberen Richter in Ansehung des Thatsächlichen zu Gebote stehen. Bei dem Thatbestande des Urtheils ist dieses an sich unzweifelhaft, weil nach der Absicht des Gesetzgebers der Hauptzweck dieser Beurkundung eben darin besteht, die Thatsachen der Verhandlung vor dem ersten Richter durch das Mittel der Schrift dauernd zu fixiren. Allein auch die Entscheidungsgründe werden in dieser Richtung regelmässig von hoher Bedeutung sein,

nicht auf letztere sollen sich die Bestimmungen des §. 278 beziehen. Dies wird damit motivirt, dass das Sitzungsprotokoll zur Beurkundung der Parteienerklärungen nicht bestimmt ist. Darnach scheint der Sinn des §. 144 zu sein, dass die Beobachtung jener Förmlichkeiten, deren Aufzeichnung im Gerichtsprotokolle gesetzlich vorgeschrieben ist, auch lediglich durch dieses letztere erwiesen werden kann. Alle übrigen Ereignisse des Processes, insbesondere auch die mündlichen Erklärungen der Parteien, können in allen Instanzen wohl auch durch andere Beweismittel erwiesen werden.

da sie neben rein juristischen Deductionen zugleich auch jene Denkoperationen enthalten müssen, durch welche der erste Richter die festgestellten Thatsachen den Rechtsbegriffen und Rechtssätzen unterordnet. Für die thatsächliche Würdigung eines Rechtsfalles ist aber diese Subsumtion des factischen Stoffes unter die Rechtsregeln kaum minder wichtig als die Constatirung der Thatsachen selbst, ja in zahlreichen Fällen können beide Thätigkeiten äusserlich gar nicht getrennt werden.

Ist nun die Beurkundung, welche die Ereignisse der mündlichen Verhandlung vor dem ersten Richter in dem Gerichtsprotokolle und in dam Urtheile selbst erfahren, für die Zwecke hinreichend, welche der Revisions- und der Oberrevisionsrichter nach der Natur der beiden Rechtsmittel erfüllen sollen? In dieser Richtung scheint mir der Entwurf an einem doppelten Mangel zu leiden, indem derselbe einerseits den Begriff des Thatbestandes der Civilurtheile zu enge auffasst und andererseits für eine hinreichende Beurkundung der Vorfälle des Verfahrens vor dem unteren Richter nicht Sorge trägt. Durch jenen ersten Mangel wird dem oberen Richter eine erschöpfende Beurtheilung des streitigen Rechtsverhältnisses selbst, durch den zweiten dagegen die Controle über die Processleitung des unteren Richters unmöglich gemacht. Beide Mängel müssen daher beseitigt werden, wenn die Revisions- und Oberrevisionsrichter ihrer Aufgabe, die Rechtsprechung in materieller und formeller Beziehung zu überwachen, gerecht werden sollen.

Was zuvörderst den Thatbestand der Urtheile betrifft, so halte ich es für einen wesentlichen Mangel des Entwurfs, dass nach demselben von dem ersten Richter der Beweis nur in Ansehung solcher Thatsachen zugelassen und aufgenommen werden soll, welche die erste Instanz für die Entscheidung des Processes als erheblich erachtet. Diese Bestimmung hat ihre volle Berechtigung in den Rechtsmittelsystemen, welche dem französischen

Processrechte nachgebildet sind. Denn in dem französischen Rechte hat die Verhandlung vor dem zweiten Richter den Charakter einer vollen zweiten Instanz, das Appellgericht kann also, wenn es gewisse vom ersten Richter nicht constatirte Thatsachen für erheblich hält, die Beweise dafür selbst aufnehmen und durchführen. Und ebenso wird der Rechtsstreit dadurch nicht wesentlich verzögert, wenn dieser Fall bei dem Cassationshofe eintritt, wenngleich dieser Gerichtshof an den durch das Appellgericht festgestellten Thatbestand gebunden ist; denn da der Cassationshof nach dem französischen Rechte nur die Befugniss hat, die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben und ein neues Verfahren anzuordnen, so könnte er doch kein meritorisches Urtheil schöpfen, auch wenn der Thatbestand nach allen Richtungen vollständig festgestellt wäre. Nach dem deutschen Entwurfe dagegen (§. 494 und 495) hat sich das Revisions- und das Oberrevisionsgericht zwar regelmässig auch darauf zu beschränken, das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das untere Gericht zurückzuverweisen; allein jene Gerichte haben zugleich auch das Recht, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Aufhebung des Urtheils nur wegen unrichtiger Auslegung von Urkunden oder nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung auf das festgestellte Sachverhältniss erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. In allen Fällen also, wo das obere Gericht den Rechtsfall an die erste Instanz zurückverweisen muss, weil nicht alle nach seiner Auffassung erhebliche Thatsachen festgestellt sind, tritt eine Verzögerung des Rechtsstreites ein, welche vermieden werden kann, wenn die Gesetzgebung für eine vollständige Constatirung des Thatbestandes in der ersten Instanz Sorge trägt. Eine solche Feststellung des Factischen nach allen Richtungen würde aber dadurch erreicht werden, wenn der erste Richter berechtigt wäre, nicht nur jene Thatsachen zum Beweise zuzulassen, welche er selbst für erheblich hält,

sondern auf Antrag einer Partei auch diejenigen, welche der obere Richter auf Grund einer abweichenden rechtlichen Auffassung für erheblich ansehen kann. Durch diese Erweiterung des Begriffes der erheblichen Thatsachen würde der obere Richter regelmässig in den Stand gesetzt werden, den Rechtsstreit sofort zu entscheiden und die immerhin sehr missliche Anordnung eines neuen Verfahrens zu vermeiden, da die Zahl der juristischen Auffassungen eines Rechtsfalles immer eine begrenzte ist und dem ersten Richter wie auch den rechtsgelehrten Anwälten der Parteien wohl meistens bekannt und bewusst sein wird. Ohnedies ist, auch wenn der obere Richter die rechtliche Ansicht der ersten Instanz theilt, die auf die Constatirung der unerheblichen Thatsachen aufgewendete Mühe keineswegs vergeblich, da von den Letzteren nicht selten auf die processualisch relevanten Thatumstände ein helles Licht fallen wird.

Ebenso wie die Constatirung der Thatsachen, welche dem Rechtsverhältniss zu Grunde liegen, ist auch die Beurkundung des Ganges der Processverhandlung in wesentlichen Punkten mangelhaft. Wie ich schon oben dargethan habe, wird dem Revisionsrichter die Kenntniss der mündlichen Verhandlung vor der ersten Instanz durch ein fragmentarisches Gerichtsprotokoll und durch das angefochtene Urtheil selbst vermittelt, welches nach dem Entwurfe (§. 269) eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien, folglich neben anderen Bestandtheilen auch die Beurkundung einzelner Elemente der mündlichen Verhandlung enthalten soll. Mir scheint unzweifelhaft, dass diese Grundlagen regelmässig nicht genügen werden, um dem oberen Richter die ausgedehnte Controle zu ermöglichen, welche er nach dem deutschen Entwurfe über die Beobachtung der Processförmlichkeiten in den ersten Instanzen ausüben soll. Die Verfasser des Entwurfes haben sich darauf beschränkt, die Bestimmungen der früheren deutschen Pro-

cessgesetze über den Inhalt des Urtheils und des Gerichtsprotokolls einfach zu adoptiren, ohne zu berücksichtigen, dass das neugeschaffene Rechtsmittelsystem die Beurkundung der mündlichen Verhandlung in einem viel weiteren Umfang erheischt.[31]) In den Ländern, welche das französische Rechtsmittelsystem im Wesentlichen angenommen haben, ist die schriftliche Fixirung der mündlichen Verhandlung vor dem ersten Richter deshalb von geringer Wichtigkeit, weil der Rechtsstreit in der zweiten Instanz von Neuem verhandelt wird, also Missgriffe des ersten Richters in der Processleitung leicht durch ein verbessertes Verfahren gutgemacht werden können. Allein auch die Verhandlung vor dem zweiten Richter kann nach diesem Systeme einer genauen Beurkundung entbehren, weil die Controle des Cassationsrichters sich nur auf die Beobachtung gewisser besonders wichtiger Processförmlichkeiten beschränkt, deren Nachweis auch bei minder sorgfältiger Fixirung der Verhandlung vor den unteren Richtern regelmässig nicht schwer fallen wird. Nach dem deutschen Entwurfe dagegen ist ein wichtiger Theil des Verfahrens vor dem ersten Richter, nämlich die gesammte Feststellung des Thatbestandes auch für die oberen Instanzen bindend und es wird daher in den Revisions- und Oberrevisionsgerichten sehr häufig die wichtige Frage gestellt werden, ob der Richter bei der Zulassung und der Aufnahme der Beweise

[31]) Vgl. hierüber Planck in seinen „Bemerkungen über den Entwurf einer Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern“ in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft v. Pözl, Bd. 4, S. 242—248, welcher mit Recht darauf hinweist, dass die unbegrenzte Zulässigkeit von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der Berufungsinstanz im deutsch-französischen Processe ein Correctiv für die mangelhafte Beurkundung der Vorgänge in der ersten Instanz bildet. Daraus folgt dann mit Nothwendigkeit, dass die schriftliche Fixirung der ersten Verhandlung eine gründlichere und umfassendere sein muss, wenn Neuerungen in der oberen Instanz unzulässig sind und diese durch den Inhalt des Verfahrens vor dem ersten Richter gebunden ist.

gesetzmässig verfahren ist und nicht durch Irrthümer in diesen Richtungen den Inhalt des Urtheils beeinträchtigt hat. Ueberdies haben die oberen Gerichte nach dem Entwurfe nicht nur die Beobachtung bestimmter fundamentaler Processförmlichkeiten, sondern das Processverfahren in seinem ganzen Umfange zu überwachen, da auch die unbedeutendste Processförmlichkeit in dem besonderen Falle von solcher Bedeutung werden kann, dass sich in Folge ihrer Vernachlässigung ein unrichtiges Urtheil als Resultat ergibt. Beide Eigenthümlichkeiten des vorgeschlagenen Rechtsmittelsystems drängen aber auf eine genauere Beurkundung des Verfahrens vor dem ersten Richter, wenn anders die Controle der oberen Gerichte über das Verfahren vor den ersten Instanzen sich nicht durch den Mangel an hinreichenden Erkenntnissquellen in blossen Schein auflösen soll.

Allerdings hat der Entwurf einzelne Bestimmungen getroffen, um dem oberen Richter in Betreff des Verfahrens vor der ersten Instanz neben dem Urtheile und dem Gerichtsprotokolle noch weitere Erkenntnissquellen zu eröffnen. Der §. 484 d. E. verordnet nämlich, dass in der Revisionsschrift, insoweit die Revision darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Thatsachen zu bezeichnen sind, welche diesen Mangel ergeben. Da nun diese Thatsachen sehr häufig durch das Protokoll oder das Urtheil nicht festgestellt sein werden, gleichwohl aber von dem Gegner geleugnet werden können, so ist vorauszusetzen, dass die Gesetzgeber auch den Beweis derselben in der Revisions- oder Oberrevisionsinstanz zulassen wollten, wie denn auch im §. 488 d. E. die für die erste Instanz geltenden Vorschriften im Allgemeinen auf das Revisions- und Oberrevisionsverfahren als anwendbar erklärt werden.[32]) Allein wie soll man sich eine solche Beweisaufnahme über die ganze Verhandlung

[32]) Vgl. oben Note 30.

vor dem ersten Richter oder über einzelne Bestandtheile derselben denken? Sollen die Parteien, der Richter und andere Personen von dem Revisionsgericht über den Inhalt der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz vernommen werden? Ich habe schon oben darauf hingewiesen, dass ein solches Verfahren alle Mängel und Nachtheile einer vollen zweiten Instanz ohne deren Vortheile bietet. Ohnedies würde eine Beweisaufnahme dieser Art nur selten ein positives Resultat ergeben, da sie immer erst nach geraumer Zeit vorgenommen werden könnte, wo die Details der Verhandlung dem Gedächtniss der Theilnehmenden entschwunden sind.

Der Revisions- und der Oberrevisionsrichter ist demnach bei Beurtheilung des Inhalts der erstrichterlichen Verhandlung lediglich auf die gleichzeitigen Aufzeichnungen des Richters und der Parteien gewiesen. Es könnte nun scheinen, dass unser Zweck, dem oberen Richter eine klare Einsicht in den Gang des Verfahrens vor der ersten Instanz zu verschaffen, am leichtesten durch eine Modification der Bestimmungen über das Gerichtsprotokoll, durch eine Erweiterung der in das letztere aufzunehmenden Thatsachen erreicht werden könnte. Allein von der Fassung des Gerichtsprotokolls, so unbedeutend dieser Beurkundungsact auch auf den ersten Blick zu sein scheint, hängt bekanntlich die Durchführung eines grossen Princips ab; je umfangreicher die Aufzeichnungen des Protokolls sind, desto mehr wird die Mündlichkeit des Verfahrens in den Hintergrund gedrängt und muss, wenn die schriftliche Fixirung des mündlich Verhandelten eine gewisse Grenze überschreitet, wie zum Beispiel im pseudomündlichen Verfahren des gemeinen und österreichischen Rechtes, vollständig verschwinden. Wollen wir daher an dem Grundsatze der Mündlichkeit festhalten, so werden wir den Inhalt des Gerichtsprotokolls nicht wesentlich über das im deutschen Entwurfe festgestellte Maass hinaus erweitern können.

Wenn auf diese Weise eine vollständig gleichzeitige Fixirung der mündlichen Verhandlung nicht möglich ist, ohne einen fundamentalen Grundsatz des modernen Processes zu gefährden, so kann doch dieser Zweck annähernd dadurch erreicht werden, dass der Richter oder die Parteien den wesentlichen Inhalt des Processverfahrens unmittelbar nach seinem Abschluss schriftlich beurkunden. Soll diese Beurkundung durch den Richter selbst erfolgen, so geschieht dies am passendsten durch Aufnahme einer Darstellung des Verfahrens in das Urtheil selbst, wo dieselbe entweder die Einleitung des Thatbestandes bilden oder mit diesem zu einem Ganzen verschmolzen werden kann. Entscheidet man sich für diesen Weg, so wäre in den §. 269 des Entwurfes, welcher den Inhalt der Urtheile feststellt, zwischen den Zahlen 2 und 3 ein entsprechender Beisatz einzufügen. Vielleicht aber würde man richtiger das ganze Beurkundungsgeschäft nach dem Vorgange des älteren österreichischen und des heutigen französischen Rechtes den streitenden Parteien unter Controle des Gerichtes überlassen. Unverkennbar ist die Beurkundung der Gerichtshandlungen eine Thätigkeit, welche als eine richterliche im eigentlichen Sinne nicht betrachtet werden kann, während die Parteien ein natürliches Interesse daran haben, sich durch eine genaue Fixirung der Verhandlungen die thatsächlichen Grundlagen für etwaige Rechtsmittel zu sichern. Darnach wäre den Parteien — doch nur im Falle der Interposition von Rechtsmitteln — die Pflicht aufzuerlegen, eine schriftliche Darstellung der mündlichen Verhandlung im gemeinsamen Einverständnisse innerhalb eines gewissen Zeitraumes zu verfassen, wobei das Gerichtsprotokoll und der Inhalt des Urtheiles als feststehende Grundlage anzusehen wären.[33])

---

[33]) Die Aufgabe der Parteien, den Inhalt der mündlichen Verhandlung vor dem ersten Richter schriftlich zu fixiren, würde gegenwärtig durch die Stenographie erheblich erleichtert werden, auf deren Bedeutung für das Gerichtsverfahren Bar mit Recht hinweist.

Würde zwischen den Processparteien oder ihren Anwälten über den Inhalt jener schriftlichen Darstellung Streit entstehen, welcher sich naturgemäss wohl nur auf einzelne Punkte beziehen könnte, so hätte das Gericht hierüber endgiltig zu entscheiden.

Die letzte Hauptfrage, welche durch das neugebildete Rechtsmittel gestellt wird, bezieht sich auf die Form, in welcher die oberen Gerichte ihre controlirende Thätigkeit ausüben sollen. Hier waren zwei Extreme möglich, welche der deutsche Entwurf gleichmässig vermieden hat. Man konnte zunächst, durch die äussere Aehnlichkeit des neuen Rechtsmittels mit dem Cassationsrecurse veranlasst, den oberen Instanzen lediglich das Recht der Aufhebung von irrigen Urtheilen der ersten Instanzen ertheilen, so dass die meritorische Rechtsprechung ebenso wie die Feststellung des Thatbestandes ein ausschliessliches Attribut der untersten Gerichte gewesen wäre. Andererseits konnte man aber auch den oberen Instanzen im Vergleich zu dem Entwurfe ein erweitertes Gebiet der Thätigkeit einräumen, indem man den Revisions- und Oberrevisionsgerichten im Falle der Aufhebung eines Urtheiles das Recht verlieh, die meritorische Entscheidung selbst zu treffen, insofern der erhebliche Thatbestand mit hinreichender Vollständigkeit festgestellt wäre, oder im entgegengesetzten Falle der ersten Instanz die Ergänzung desselben aufzutragen und hierauf sofort selbst zur Urtheilsschöpfung zu schreiten, ohne dass von dem ersten Richter auf Grundlage der vervollständigten Verhandlung noch ein zweites Urtheil geschöpft zu werden brauchte. Zwischen diesen beiden Extremen, von welchen das eine die Macht der oberen Instanzen in den Grenzen des vorgeschlagenen Rechtsmittelsystems möglichst erweitert, während das andere dieselbe möglichst verengt, hat der Entwurf einen Mittelweg eingeschlagen.

Derselbe gestattet den oberen Instanzen, wenn der Rechtsfall nach ihrer Auffassung zur Entscheidung reif

ist, an der Stelle des aufgehobenen erstrichterlichen Urtheils eine meritorische Entscheidung zu treffen. Fehlt es dagegen in dem Verfahren der ersten Instanz an jener Voraussetzung der sofortigen Urtheilssprechung, so hat das obere Gericht den Rechtsfall an das erste Gericht zurück zu verweisen, welches aber nicht blos den gerügten Mangel zu beseitigen, sondern auch sodann ein neuerliches Urtheil zu fällen hat (§. 494, 495). Zweifelhaft bleibt nur, ob die erste Instanz an den Thatbestand ihrer ersten Entscheidung ebenso gebunden ist, wie dies im Instanzenzuge in Ansehung der höheren Gerichte nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes allerdings der Fall ist, oder ob sie auf Grund der ergänzten Verhandlung berechtigt ist, ein Urtheil mit abgeändertem Thatbestande zu schöpfen. Da mit der Aufhebung des angefochtenen Urtheiles nach der natürlichen Bedeutung dieses Wortes die Vernichtung desselben nach allen seinen Bestandtheilen verbunden ist, so glaube ich die zweite Ansicht für die richtigere halten zu müssen.

Fassen wir nun das Resultat dieser Untersuchungen in wenigen Worten zusammen, so ergibt sich, dass der Entwurf ein aus Lob und Tadel gemischtes Urtheil hervorruft. Volle Zustimmung verdient die principielle Auffassung des neuen Rechtsmittelsystems, die Kühnheit, mit welcher der Entwurf dasselbe ohne bedeutende Vorbilder in das geltende deutsche Processrecht einzuführen versucht. Im Einzelnen dagegen möchte der Entwurf noch vielfach der bessernden Hände bedürfen. Soll sich das neue Rechtsmittelsystem leicht und ohne Verwirrung in die deutsche Rechtsübung einleben, so genügt es nicht, dass man es den herkömmlichen Einrichtungen des deutsch-französischen Processes gleichsam als eine äusserliche Zuthat hinzufügt. Die vorgeschlagene Aenderung ist vielmehr von so hoher Bedeutung, dass jedes Rechtsinstitut, jeder Rechtssatz des geltenden Processrechtes mit Rücksicht auf das neue Rechtsmittelsystem durchdacht, dass umgekehrt jede Bestimmung dieses letzteren in Hin-

blick auf das gesammte Processverfahren nach Zweckmässigkeit und Durchführbarkeit geprüft werden muss. In Beziehung auf diese harmonische Durchdringung des überlieferten processualischen Stoffes mit den vorgeschlagenen Neuerungen dürfte der Entwurf in den weiteren Stadien seiner Vorbereitung noch manche Modificationen erfahren.

So schwierig diese Aufgabe ist, so ist doch die Hoffnung begründet, dass die ausgezeichneten Männer, in deren Händen die Reform der deutschen Justizgesetzgebung ruht, den eingeschlagenen Weg mit gewohnter Energie und Consequenz verfolgen werden. Die Stimmen, welche sich bisher gegen die beabsichtigte Umgestaltung des Rechtsmittelsystems ausgesprochen haben, sind freilich sehr zahlreich und besonders stark sind unter denselben die praktischen Juristen vertreten[34]); allein wenn man sich die geistige Bewegung

[34]) Für die Principien, auf welchen das neue deutsche Rechtsmittelsystem beruht, haben sich ausgesprochen Planck in seinem Gutachten in den Verhandlungen des zweiten deutschen Juristentags, Bd. 1, S. 73—77 und in dem Aufsatze: „Der Entwurf einer Civilprocessordnung für das deutsche Reich" in den Preussischen Jahrbüchern, 31. Bd. (1873) S. 174—194; Bar, Recht und Beweis im Civilprocesse S. 81—98 und in seinem Aufsatze: „Der 1871 veröffentlichte Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung und die daran sich anschliessende Literatur und öffentliche Discussion" in Behrend's Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung, Bd. 6, S. 275—277. Gegen die beabsichtigte Reform haben sich erklärt: Bähr, in seiner Schrift: „Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprocess" (1871) und in seinem Gutachten in den Verhandlungen des zehnten deutschen Juristentags, Bd. 1, S. 110, 111; Sabarth in Behrend's Zeitschrift, Bd. 6 (1872) S. 37 f.; G. Pfizer, „Thatbestand und Berufung" (1872); Wach in der Kritischen Vierteljahresschrift von Brinz und Pözl, Bd. 15 (1873) S. 91 ff.; Stahl, „Revision und Berufung" im Archiv für civ. Praxis, Bd. 56 (1873) S. 173 ff.; D. Koch in Behrend's Zeitschrift, Bd. 6, S. 71 ff. Schon früher hatte sich für das Princip zweier voller Instanzen ausgesprochen Nissen in den „Kritischen Bemerkungen zu dem Entwurfe einer Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat" in der Kritischen Vierteljahresschrift, Bd. 8, S. 76. Auch zwei hervorragende Versammlungen deutscher Juristen haben sich gegen das im Entwurfe vorgeschlagene Rechtsmittelsystem erklärt. Die vierte

vergegenwärtigt, welche zur Einführung des öffentlichen und mündlichen Processverfahrens in Deutschland geführt hat, so wird man finden, dass auch diese gewiss sehr heilsame Reform eine ganz ähnliche Gegnerschaft zu überwinden hatte. Der eigenthümliche Beruf des juristischen Praktikers besteht eben darin, die bestehenden Gesetze ohne Kritik und Widerstand zur Anwendung zu bringen, und er verfällt deshalb leicht in den Fehler, einem übertriebenen Conservatismus zu huldigen und das Wirkliche mit Hegel in allem Ernste für das Vernünftige, ja wohl gar für das allein Vernünftige anzusehen. Die Durchführbarkeit des Rechtsmittelsystems, welches der deutsche Entwurf aufgestellt hat, ist übrigens durch dessen lange Dauer und Anwendung in Oesterreich hinlänglich erwiesen. Das Princip, welches sich in Oesterreich durch Jahrhunderte im Kampfe mit entgegengesetzten Anschauungen siegreich behauptet hat, wird sich gewiss auch unter den ungleich günstigeren Verhältnissen des deutschen Reiches als lebenskräftig bewähren.

Abtheilung des 9. deutschen Juristentags (August 1871) hat nämlich, jedoch nur mit schwacher Majorität, den Antrag des Rechtsanwalts Sabarth angenommen, welcher dahin lautet, „dass das Recht der unbedingten Berufung im neuen Processgesetze als Regel schlechterdings aufrecht zu erhalten ist und die blosse *Revisio in jure* dafür nicht genügen kann". (Verhandl. des 9. deutsch. Juristentags, Bd. 3, S. 295—336.) Auch der zweite deutsche Anwaltstag (Dec. 1871) hat eine Resolution gefasst, „dass er die Beschränkung des Rechtsmittels der Appellation auf eine *revisio in jure* für ungerechtfertigt halte, vielmehr der Ansicht sei, dass die volle Freiheit des Appellrichters ebenso wenig *in facto* als *in jure* beschränkt werden darf". In diesen Beschlüssen von zwei hochachtbaren Juristenversammlungen sind die Nachwirkungen einer Epoche wahrzunehmen, wo in Deutschland französisches Wesen und französische Institutionen einer oft übertriebenen Werthschätzung zu begegnen pflegten.

INHALT.

§. 4. Oesterreichisches Recht.

§. 5. Das französische Recht und seine Nachbildungen.

§. 6. Stellung der Frage im heutigen Recht.

BUCHDRUCKEREI G. GISTEL & CO., WIEN AUGUSTINERSTRASSE 12.

K:13





